

ISSN 1982-0496

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA VS. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. (HACIA UNA MODULACIÓN RAZONABLE DEL ACCESO A LA JUSTICIA)¹

EXHAUSTION OF ADMINISTRATIVE REMEDIES VS. GUARDIANSHIP EFFECTIVE JUDICIAL. (AT A REASONABLE MODULATION ACCESS TO JUSTICE)

Juan Gustavo Corvalán

Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador (Buenos Aires). Postgraduado en "Derecho administrativo y Administración Pública" por la Universidad de Salamanca. Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Austral. Profesor Titular, Asociado y Adjunto en diferentes Universidades Nacionales y privadas y también en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Se ha desempeñado como funcionario en la Justicia Contenciosa Administrativa Federal, como Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud del GCBA y se desempeña, actualmente, como Gerente de Asuntos Jurídicos de la Dirección General de Protección y Defensa del Consumidor del GCBA. Ha publicado más de 30 artículos en las materias vinculadas al Derecho Administrativo, Tributario y Penal. Ha publicado el libro "Condiciones Objetivas de Punibilidad" de Editorial Astrea. E-mail: juancorvalan@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS Y ACLARACIONES METODOLÓGICAS

El agotamiento de la vía administrativa es una categoría del derecho administrativo que ha suscitado numerosos embates por parte de la doctrina.² En el presente estudio nos proponemos dos objetivos concretos. En primer lugar, identificar el foco del debate en torno a su justificación y existencia. En segundo lugar, sentar una posición cuyo norte es superar la antinomia - justificada en nuestro esquema normativo

¹ Agradecemos la valiosa colaboración de Laura Inés IORIO quien ha tenido la deferencia y amabilidad de traducir la doctrina, jurisprudencia y normativa del francés al español.

² Como bien ilustra BIANCHI, una de las reglas básicas del proceso contencioso-administrativo en el Argentina, es que el mismo sólo puede comenzar luego de producido el llamado agotamiento de la vía administrativa. Ver BIANCHI, Alberto, Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública, Suplemento Extraordinario Administrativo, La Ley, Buenos Aires, Agosto de 2010, p. 15.

actual³ - entre “Agotamiento de la vía administrativa” y “Tutela judicial efectiva”.

Sobre esta plataforma, tenemos para nosotros que el sistema de organización político-jurídico⁴ en nuestro país se asienta en los siguientes pilares: primacía de la norma fundamental⁵, principio de legalidad⁶, división de poderes⁷, y tutela judicial efectiva.⁸ Adviértase que en Europa, el Estado de Derecho actual se erige sobre las siguientes piedras angulares: principio de legalidad, separación de poderes, derechos fundamentales y tutela judicial⁹.

³ Como intentaremos reflejar en este estudio, las falencias que presenta el agotamiento de la vía se relacionan con el sistema global estructurado por la LNPA.

⁴ SPOTA afirma lúcidamente que nuestros padres constituyentes tomaron como ejemplo y siguieron el camino trazado por la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 en cuanto a la organización política. Ambas han hundido y entrelazado sus raíces ideológicas al “beber aguas en la obra de los grandes librepensadores iluministas propios de la Francia del siglo XVIII”. Ver SPOTA, Alberto Antonio (h), Método cartesiano iusnaturalismo y sistema republicano de Gobierno, Boletín Informativo, Asociación Argentina de derecho constitucional, Año XVII, n° 181, Mayo, 2001, p. 9.

⁵ Como acertadamente señala CASSAGNE, el paso del Estado legal al Estado constitucional, fue resuelto desde nuestros orígenes fundacionales, mediante la incorporación de la supremacía de la constitución (art. 31 de la Constitución Nacional Argentina) y en la consagración en ella de derechos y garantías. Ver CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 31. BIANCHI, por su parte entiende que la cláusula de supremacía del art. VI de la Constitución norteamericana fue reproducida con finalidad en nuestro art. 31. Ver BIANCHI, Alberto, Bases constitucionales del derecho administrativo, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Año 20, Buenos Aires, 2008, p. 1104.

⁶ El principio de legalidad constituye una “sección” del derecho administrativo que comienza en la Constitución. Ver, BIANCHI, Alberto, Bases constitucionales del derecho administrativo, Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Año 20, Buenos Aires, 2008, p. 1.112. MAIRAL, sostiene que en un Estado de derecho, la sumisión del gobierno a la ley constituye la piedra de toque del sistema. Ver, MAIRAL Héctor, Control judicial de la administración pública, T. I, p. 109, con cita de ABERASTURY, Pedro, Control jurisdiccional del acto administrativo, en Acto y procedimiento administrativo, p. 171 y 172.

⁷ SALOMONI, Jorge Luis, La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino, en Problemática de la administración contemporánea. Una comparación europeo-argentina, MUÑOZ Guillermo y SALOMONI J. –Directores-, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 155 y 156. El autor sólo se refirió a los tres pilares y no incluyó en la enumeración del derecho a la tutela judicial efectiva. Ver asimismo, CSJN, “Serra, Fernando H. c/ MCBA”, LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93, considerando 7°.

⁸ Ver CSJN, “Serra, Fernando H. c/ MCBA”, LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93, considerando 7°. Este principio ha sido tratado in extenso en los últimos años. Para apreciar un completo desarrollo en el derecho español y europeo, ver, GALERA RODRIGO, S., Sistema europeo de justicia administrativa, Dykinson, Madrid, 2005; por su parte, GARCÍA de ENTERRÍA afirma que la exigencia de una justicia administrativa extensa y reforzada se vio impulsada por los preceptos constitucionales y, en concreto, por las posibilidades que otorga el principio de tutela judicial efectiva. Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, E., Democracia, Jueces y control de la administración, sexta edición, Civitas, Madrid, 2009, p. 137.

⁹ Ver, por todos, SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 54. Ya en 1951 JELLINEK resaltaba los tres aspectos de Alemania como Estado de derecho: Imperio de las leyes, existencia de derechos fundamentales y protección de esos derechos por tribunales independientes. Ver, JELLINEK, Walter, Alemania como estado de derecho, Revista de Administración pública española, N° 6, Septiembre-diciembre, 1951, p. 348. A nuestro entender, la diferencia esencial actual, entre nuestro régimen jurídico público y el continental europeo (y principalmente con Alemania), en relación a los postulados esenciales que informan el Estado de derecho, viene dada por el escaso desarrollo dogmático y constitucional de la categoría de los “derechos fundamentales”. En Alemania, por el contrario, todo el sistema jurídico actual se construye alrededor de esta noción. Inclusive, se ha llegado a sostener que los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de Derecho, que más decisivamente ha influido en la

Teniendo en consideración estos pilares, cabe aclarar que no nos avocaremos a relevar exhaustivamente las numerosas y variadas hipótesis en las que se perfila el instituto objeto de examen. Es decir, prescindiremos de un abordaje profundo sobre la proyección de la categoría en torno a las pretensiones y acciones procesales administrativas existentes en el derecho argentino.¹⁰

Sí, no obstante, conviene hacer algunas aclaraciones metodológicas.

Primero: si pretendemos que la discusión no se transforme en una mera batalla dialéctica entre Tutela judicial efectiva vs. Agotamiento de la vía, debemos precisar y esclarecer (siguiendo a LUHMANN y a BACIGALUPO) los puntos de partida de las cadenas argumentales de las fundamentaciones jurídicas.¹¹

Las cadenas argumentales de la dogmática tienen como primer eslabón las decisiones.¹² Estas no deberían ser excluidas de la discusión crítica ni del objeto de la ciencia;¹³ menos aún cuando el orden jurídico se basa en ellas¹⁴.

Aún si admitimos que la mayoría de los argumentos esbozados para abolir el agotamiento de la vía, son coherentes y denotan una realidad innegable, no es menos cierto que en las discusiones planteadas subyace un planteo de fondo que no es estrictamente constitucional o jurídico-dogmático. Incluso, en algunas situaciones se presenta en términos que podríamos denominar como de “política-dogmática”.

Segundo: en este abordaje tenemos que tener presente, más que nunca, que los derechos no son absolutos (ni siquiera los derechos fundamentales) y que pueden ser modulados razonablemente por el legislador.

Tercero: es imprescindible fijar posición en cuanto al sentido que se realiza sobre ciertas categorías, objetos e institutos. Muy a trazo grueso, y salteando los matices intermedios, podríamos decir que con frecuencia ciertas discusiones se presentan de forma dual, dicotómica.

Si un objeto, categoría o instituto se perfilan, para algunos, como nocivos per se, ello no necesariamente significa 1) que lo sean o 2) que haya que prohibirlos o

evolución del Derecho administrativo de posguerra. *Ibidem*. Sobre la teoría de los derechos fundamentales, ver el brillante y agudo estudio de ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio de BERNAL PULIDO, Carlos, 2ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.

¹⁰ Por lo general, haremos referencia a la vía impugnativa prevista en los artículos 23 a 24 de la LNPA.

¹¹ Aclaremos que BACIALUPO (siguiendo a LUHMANN) se refería aquí a las fundamentaciones jurídico-penales. Ver, BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 24 y 25, con cita de LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, p. 15. GARCÍA también sigue a Bacigalupo respecto a la decisión como presupuesto para elaboración de las cadenas argumentales dogmáticas. Ver, GARCIA, Luis M., *Reincidencia y Punibilidad, Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 4 a 7.

¹² Como bien señala BIX, resulta esencial que los teóricos sean tan claros como sea posible sobre las razones subyacentes [y a su vez] las definiciones (...) necesitan alguna base para reclamar que una definición es mejor que la otra, y aquí es donde uno necesita referirse al propósito de la definición”. Por tanto lúcidamente concluye: “...hasta que un teórico ofrezca bases para valorar las definiciones conceptuales y las razones para adoptar una antes que la otra, los argumentos acerca de la verdad o corrección de una definición conceptual son infundados y sin sentido”. Ver, BIX Brian, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, p. 33 a 34 y 38.

¹³ Ver, BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, p. 43.

¹⁴ Ver SUIPOT, Alain, “Homo juridicus” *Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, p. 210.

eliminarlos.

A ello se suma otro factor esencial que requiere un posicionamiento: si algo no funciona en la práctica (por la razón que sea), existen, entre muchas otras, dos tareas que se advierten esenciales ab initio: 1) se debe intentar descubrir cuál es el fundamento por el cual se utiliza la institución y 2) se debe establecer cuál es el ambiente propicio que permite su desarrollo.

Concluido este proceso, es importante precisar en casos concretos, si el incumplimiento de los fines de la institución responde a su inutilidad inmanente, o bien a la falta de adecuación o inutilidad de los componentes del sistema en el que se inserta.

La categoría bajo examen ha sido denostada y combatida sin tener en consideración (en la mayoría de los casos) los elementos o circunstancias que le impiden cumplir con ciertos fines (y no todos los que se le han atribuido) para los que fue concebida. Como consecuencia de este razonamiento, el argumento pragmático que postula su inutilidad o ineficacia no es una condición necesaria y suficiente para zanjar la cuestión.

Quienes entiendan que la inutilidad o ineficacia en la práctica de un instituto es una circunstancia que, per se, habilita a abolir esta categoría, disientirán con nuestra conclusión final.

Incluso, aún cuando se argumente la inutilidad de una categoría en los hechos o que ella lesiona derechos y garantías constitucionales, a los efectos de descartarla, debemos hacer una valoración previa: se debe demostrar que el instituto o categoría, aún en un sistema idóneo, no cumple con los objetivos de su existencia.

Si ello no sucede, a nuestro juicio debe mantenerse la institución¹⁵ (con algunas modulaciones) y lo que se debe modificar es el entorno o esquema normativo en el que ella se inserta y - fundamentalmente - las condiciones materiales y humanas que posibilitan el cumplimiento de sus fines.

Sobre la base de lo expresado, y teniendo en cuenta el análisis que se realizará en los puntos subsiguientes, adelantamos que la razonabilidad del agotamiento de la vía administrativa en nuestro país, sujeta a diversos y numerosos cambios (jurídicos y extrajurídicos) que deberán operar en su entorno, se presenta como una modulación razonable del derecho a la tutela judicial efectiva.

2. LOS POSTULADOS BÁSICOS EN TORNO AL INSTITUTO Y EL ESQUEMA DISEÑADO POR LA LNPA

El agotamiento de la vía¹⁶ a trazo grueso se incardina en el espectro de recursos y reclamos administrativos y asume distintas modalidades. En sentido amplio y genérico, podríamos enunciar su contenido del siguiente modo: en ciertas hipótesis¹⁷, antes de

¹⁵ Esto no significa que en el caso concreto, el juez al cumplir su rol declare la inutilidad del agotamiento. Nos estamos refiriendo aquí a un análisis macro y no micro.

¹⁶ GARCÍA PULLÉS entiende que el agotamiento de la vía administrativa (que configura la habilitación de la jurisdicción contencioso administrativa), exige como regla general el previo planteo de la cuestión en sede administrativa y, eventualmente, el acceso a un determinado nivel jerárquico en el autor de la decisión sobre tal planteo previo. Ver, GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 399.

¹⁷ Con acierto AGUILAR VALDÉZ afirma que el "agotamiento", en sentido estricto, constituye un instituto propio del procedimiento administrativo que no necesariamente tiene su reflejo en las

acceder a la justicia, el justiciable debe cumplir con presupuestos procesales específicos de admisibilidad impuestos por el legislador.¹⁸

Con mayor rigor conceptual, coincidimos con AGUILAR VALDÉZ en cuanto a que el verdadero presupuesto procesal¹⁹ de la pretensión que configura el agotamiento de la vía, es aquél mediante el cual se establece uno o más recursos obligatorios previos en sede administrativa²⁰.

Por lo general, el agotamiento de la vía presenta dos especies concretas²¹. La llamada vía impugnativa y la denominada vía *reclamativa*²².

La regulación normativa de sendas hipótesis se encuentra prevista en los artículos 23 y 24 (en concordancia con los arts. 84 y 90 del Dec. 1759/1972) y 30 a 32 respectivamente de la L.N.P.A.

En ambas especies, y en otros supuestos, no debemos confundir los presupuestos procesales de admisibilidad con la “regla de la decisión previa” <<la règle de la décision préalable>> del derecho francés. En este país, esta regla asume la siguiente modalidad: el administrado debe dirigirse primero a la administración y sólo frente a un rechazo total o parcial, podrá recién (de forma optativa por regla) presentarse ante el juez²³.

Ahora bien, sin mayores preámbulos, decidimos exponer el nudo gordiano que plantea la regla en comentario bajo los siguientes interrogantes retóricos: a) ¿existen justificaciones válidas para que se configure la regla del agotamiento de la vía administrativa como requisito *obligatorio* previo al acceso a la justicia?²⁴ De esta

condiciones de acceso a sede judicial. Ver, AGUILAR VALDEZ, O. R., El agotamiento de la vía administrativa, Tratado de derecho procesal administrativo, T. I., CASSAGNE J. C., (Director), La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 611.

¹⁸ En Francia, se admite que el legislador o la Administración en ejercicio de su poder reglamentario puedan prever recursos obligatorios previos. Ver, CHAPUS, René, Droit Administratif Général, T I, Montchrestein, 9a ed., París, 1995, p. 708 y “*Houlbrequé*” (CE, Secc., 18 de noviembre de 2005, Lebon, p. 513, RFDA 2006, concl. T.-X. Girardot; AJDA 205. 2453, concl. C. Landais y F. Lenica). Ver, C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, París, Dalloz, 2007, p. 695 a 700.

¹⁹ En el célebre y polémico fallo “Gorordo”, la Corte Suprema ha considerado que el agotamiento constituye un presupuesto procesal de la pretensión. Ver, Fallos 322:73(1999), especialmente considerandos 7° y 8°.

²⁰ AGUILAR VALDEZ, O. R., El agotamiento de la vía administrativa, p. 611 y 612.

²¹ GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, T. 1, p. 406.

²² Un resumen de la crítica a este diseño normativo puede verse en SORIA Daniel Fernando, “Las vías administrativas previas en el contencioso federal”, *Derecho procesal administrativo*, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 816 a 820.

²³ Desde cierto sector de la doctrina francesa, esto se opone al derecho de citación directa del derecho civil. Ver, RIVERO, Jean-WALINE, Jean, Droit administratif, 21 édition, Dalloz, París, 2006, p. 569. Una descripción de la “regla de la decisión previa” puede verse en BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 462 a 468.

²⁴ Armando CANOSA en diversos estudios ha criticado (actualmente postula su eliminación) este instituto. Entre otros estudios ver, El procedimiento administrativo en la reforma del Estado, Universidad Austral. Facultad de Derecho. El Derecho Administrativo Argentino hoy, Vol. 1, 1996, p. 78 a 86; Propuestas de reformas al régimen de impugnación de actos administrativo, En Cuestiones de procedimiento administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 714 a 724; Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP, Vol: 323, p. 75 a 88; y, recientemente, en Los denominados pactos internacionales y su influencia sobre la habilitación de la instancia en el derecho nacional en Revista Argentina del Régimen de Administración Pública, RAP, Vol: 381, p. 239 a 245.

respuesta afirmativa, b) ¿puede ser conciliada con el derecho a la tutela judicial efectiva? Si esto último es posible, c) ¿cuáles son los requisitos para que puedan coexistir?

Los diversos y numerosos autores que se han ocupado de esta problemática, han abordado con diferentes matices e intensidad el aspecto teleológico de la regla del agotamiento de la vía administrativa. A nuestro entender, en nuestro país este categoría se perfiló y consolidó jurisprudencialmente²⁵ para luego ser instaurada por el legislador con la sanción de la L.N.P.A.²⁶.

Por lo general, disímiles y múltiples argumentos pragmáticos pretenden dar sustento a su existencia. En el derecho norteamericano²⁷ se advierte con nitidez la abundante jurisprudencia que pretendió dar cuenta de justificaciones a la regla del agotamiento de la vía administrativa.²⁸

Sin embargo, no menos cierto es que se han acudido a fundamentos jurídico-dogmáticos y, en menor medida, a los que se refieren a un plano constitucional²⁹.

²⁵ Ver C.S.J.N., Fallos 288:398. En este caso se atribuyó a los recursos contenciosos administrativos una esencia tendiente a agotar las instancias administrativas.

²⁶ Este aspecto ha sido destacado por LUQUI, Roberto E., *La revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 93. ABERASTURY, de modo crítico, ha puesto énfasis en destacar con nutridos fundamentos, el hecho de que no es esencial a nuestro sistema jurídico la necesidad de una decisión previa toda vez que la intervención de la justicia se realiza sin necesidad de condicionamiento alguno. Ver, ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 145. Disentimos en este aspecto con el precitado autor. La Tutela Judicial Efectiva, aún cuando se presenta como un derecho fundamental, no puede ser entendido en términos absolutos y admite, por tanto, modulaciones. Que ellas sean la excepción y de interpretación restrictiva, no implica la existencia de un condicionamiento que pueda imponer el legislador de modo razonable.

²⁷ En el derecho norteamericano ha sido la jurisprudencia y no la A.P.A. quien ha impuesto la regla del agotamiento previo de los "remedios" o vía administrativa. Ver TAWIL, Guido, *Administración y Justicia*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 100. En consonancia BIANCHI sostiene que la APA induce a sostener la inexistencia de la regla del agotamiento. Ver BIANCHI, Alberto, *Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de la caducidad: (¿A quién protege el procedimiento administrativo?)*, en *Cuestiones de procedimiento administrativa*, Buenos Aires, RAP, 2006, Volumen: u, p. 867, con cita del USC, Título 5, sección 704. Este último autor refiere que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ratificado en reiteradas oportunidades que el agotamiento es exigible y se discute si ello podría considerarse como una regla general. Ídem, p. 867 y 868 con cita de "Myers c/Bethlehem Shipbuilding Corp", 03 US 41 (1938) y "MacKart v/United States", 395 US 185 (1983).

²⁸ Un panorama acerca del derecho norteamericano puede verse en MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 307 a 314; TAWIL, Guido, *Administración y Justicia*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 99 y ss. y CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 217 y ss.

²⁹ En Alemania, al vía administrativa tiene cobertura constitución conforme se desprende del §19.4 de la LF. Es decir, no se exige que el particular pueda invocar el auxilio de un Tribunal de modo inmediato (<<sofort und unmitelbar>>), sino sólo que pueda acceder ante tales Tribunales. Ver, GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 377.

A nuestro criterio, de modo directo no puede deducirse que la Constitución brinde sustento a la categoría. Muy por el contrario, la incorporación y jerarquización constitucional del Pacto de San José de Costa Rica (específicamente en sus art. 8 y 25.1) constituye -entre otros-, un valladar determinante para quienes pretendan fundamentar constitucionalmente de modo directo el agotamiento de la vía administrativa. Sin embargo, creemos que la discusión no debe girar en estos términos absolutos. Hasta ahora, esta problemática ha sido expuesta en términos absolutos. Acceso irrestricto directo y libre vs. Agotamiento de la vía. Según nuestra perspectiva, y en este coincidimos con la óptica alemana, el derecho a la tutela

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL INSTITUTO³⁰

Si atendemos las agudas palabras de Michael FOUCAULT, entonces debemos aceptar que la historia y el derecho público actúan en forma conjunta. Es decir, "...los problemas puestos por el derecho público y la delimitación del campo histórico tienen una correlación fundamental"³¹.

En este escenario, coincidiendo con BENOIT, "para conocer y comprender verdaderamente nuestras instituciones administrativas convendría, pues, seguir paso a paso su génesis desde la Edad Media hasta nuestros días"³².

Mucho más aún cuando (como afirma SUPIOT) "...el período medieval ha sido pasado por alto en numerosos autores contemporáneos cuando describen la génesis de nuestras categorías jurídicas básicas. Cuando no fijan sencillamente el origen del mundo en 1789 (...) saltan directamente de la Antigüedad al Renacimiento, del Derecho romano a los derechos nacionales"³³.

Sobre tal plataforma, si bien excede el objeto de estas breves líneas desarrollar

judicial efectiva (como todo derecho) no es absoluto y admite modulaciones. Que el legislador razonablemente module la intervención de la justicia (como ocurre en todas las ramas del derecho), bajo ningún punto de vista puede ser entendido como un avasallamiento a la tutela judicial efectiva.

Para apreciar con claridad meridiana la imposibilidad de atribuir fundamentos constitucionales al agotamiento de la instancia administrativa, ver BIANCHI, Alberto, Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa, LL, 1995-A-431. En un sentido análogo, ver SORIA Daniel Fernando, "Las vías administrativas previas en el contencioso federal", Derecho procesal administrativo, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 818 y 819. En consonancia, ABERASTURY plantea que la decisión previa no constituye un requisito constitucional para demandar al Estado y se encuentra en contradicción con ella (a no ser que se realice por medio de una reglamentación razonable). Ver ABERASTURY, Pedro, La justicia administrativa, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 146. GUASTAVINO considera en este aspecto que la regla del agotamiento (al igual que la doctrina de la jurisdicción primaria) constituye un mecanismo que regula la oportunidad de la intervención de los jueces mediante la correlación de las funciones de la Administración y el Poder Judicial. Ver, GUASTAVINO, Elías, P., Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, T. I, segunda edición actualizada, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obras- Número 21, 1989, p. 242 y 243. En similar sentido, se pronuncia LUQUI, para quien el agotamiento de la vía administrativa es una regla propia del funcionamiento de los poderes. La justicia no puede conocer y decidir -afirma- un conflicto planteado entre un particular y la Administración mientras se está sustanciando en sede administrativa. "Se produciría una injerencia en el ejercicio de las funciones de la Administración, si la justicia resolviera una controversia antes de que lo pueda hacer el órgano superior del ente administrativo". Ver, LUQUI, Roberto E., La revisión judicial de la actividad administrativa, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 93 y 94.

³⁰ Ver asimismo, GALLEGOS FEDRIANI, P., CORVALÁN Juan Gustavo, La apreciación global y el balance de la urgencia en los procesos urgentes. (Procesos de urgencia (*référés*), medidas cautelares autónomas, medidas autosatisfactivas y medidas de urgencia)", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N°385, Buenos Aires, 2010, p. 180 y 181. Un excelente relevamiento acerca de los antecedentes históricos del instituto (sin relevar el período medieval) puede verse en AGUILAR VALDEZ, O. R., El agotamiento de la vía administrativa, p. 613 a 623.

³¹ Ver, Defender la sociedad, Curso en el Collage de France (1975-1976), Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2000, p. 121.

³² BENOIT, Francis, Paul, El derecho administrativo francés, Instituto de Estudios Administrativos, traducción a cargo de GIL CREMANDES Rafael, Madrid, 1977, p. 11.

³³ SUPIOT, Alain, Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 234.

la categoría desde un punto de vista histórico³⁴, lo cierto es que puede apreciarse su existencia con nitidez en el período medieval³⁵.

En la Edad Media el desarrollo del derecho (no lineal) y su vinculación con lo que hoy llamamos Poder Ejecutivo y/o Administración arroja un primer postulado concreto: el constitucionalismo moderno y los Estados modernos concebidos a fines de siglo XVIII son un producto de un devenir histórico.

En este derrotero encontramos que en la Baja Edad Media³⁶ la vía de gobierno³⁷ constituía una instancia “*previa*” a la judicial. Antes de acudir al “proceso” se debía concurrir ante el superior de quien dictó el acto agravante³⁸. Se instituyó en esta época una auténtica vía de recursos independiente de la judicial³⁹; no obstante -cabe aclarar-, ambas vías coincidían en su vértice en la figura del Rey⁴⁰.

³⁴ Como bien apunta NIETO, la historia del derecho sirve para tomar conciencia de la fugacidad de los sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, pone en evidencia la solidez de determinados factores que se mantienen constantes desde que el hombre conoce su propio pasado. En palabras del agudo jurista español: “*Cada período histórico construye su propio Derecho, condenando a muerte cuando perezca aquél, y, sin embargo, hay un núcleo que permanece inalterable por debajo de sus manifestaciones episódicas*”. NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, p. 8.

³⁵ Se denomina “Baja Edad Media” al período que comprende los siglos XIII al XV. La “Alta edad media”, constituye el período que, por lo general, se sitúa entre los siglos IX a XIII. En ambos períodos, ya existían relaciones jurídicas entre los individuos y el poder público (vasallo-príncipe) que operaban como un límite jurídico del poder y expresaban una concepción muy particular del Derecho. Como dato relevante, debe tenerse en consideración las palabras de NIETO en relación a que la descripción de la Edad media, debe ser concebida bajo una idea del derecho y de la sociedad política propia de la época (en el contexto histórico español -agregamos-). Ver NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, Revista de Administración Pública Española, Enero-Abril 1980, nº 91, p. 9.

³⁶ A partir de la doble personalidad del príncipe, que refleja la doble personificación de la idea de justicia, se perfila la existencia de dos medios de reparación de los agravios, de dos vías. Por un lado, la vía gubernativa a la que se acude la petición. Por otro, la de la justicia que se resuelve en el proceso (ello se avizora en las Crónicas de Alfonso X y en las Cortes de Valladolid de 1312). Entonces, en este período (que a grandes rasgos puede referenciarse entre 1252-1504) el recurso (llamado de gobierno en forma genérica y como especie por antonomasia, el de alzada) se presenta o bien como acción en sentido lato, o bien como una pretensión contra un acto lesivo, por quien ha sido agraviado con la finalidad de obtener la anulación o modificación del acto contra derecho de aquella persona u órgano que lo realizó o su superior jerárquico. Ver, VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los Recursos contra los Actos de Gobierno en la Baja Edad Media*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 124 a 125.

³⁷ No debe perderse de vista que existen diferencias importantes entre el concepto de acto administrativo actual y la noción de acto de Gobierno. Ver al respecto, RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 63. La descripción breve que este autor efectúa en relación con la Baja Edad Media, sigue, en esencia, los estudios de Gustavo VILLAPALOS SALAS. Ídem, p. 62 y ss.

³⁸ VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, p. 122. Sin embargo, el precitado autor pone de relieve que, por regla, la elección de la vía de gobierno sería opcional. Ídem, p. 125.

³⁹ En Castilla, hacia el Siglo XIV, existía un ejercicio de la jurisdicción por distritos territoriales, gradación jerárquica de las instancias; disposición de una última instancia de apelación y suplicación junto al rey, consolidación de la función de órganos ejercientes de la jurisdicción real tanto por la “vía de justicia como de gobierno”. Ver, ARRIETA ALBERDI, Jon, *Justicia, gracia y gobierno en la castilla bajomedieval y moderna: dos recientes aportaciones*, Revista Pedralbes, 16, 225-235, 1996, p. 226.

⁴⁰ Las similitudes que se presentan entre los principios del procedimiento administrativo y el denominado “derecho procesal administrativo” actual, nos enerva de mayores comentarios. Más aún, ambas vías en la edad media, se distinguían por a) la denominación (en un caso se llama *apelatio* y en otro *provocatio* o *petición*); b) El fundamento de la causa. En la vía judicial habrá de ser determinado y

Con las Partidas aparecen los *privilegios* del Fisco (llamado también Cámara del Rey) y la figura del “procurador fiscal” que representaba al Fisco o al rey en los juicios. El Procurador había de intervenir obligatoriamente en todos los casos en que se resolviera alguna exención de impuestos y en los casos en los que se lo asimilara a un particular⁴¹.

El *Espéculo* y las *Partidas* regulaban de modo genérico y completo los órganos jurisdiccionales⁴² (también los recursos para acceder ante ellos) siendo el Rey la última instancia de esta pirámide jurisdiccional. Es decir, el rey era concebido sobre todo como juez y conservador del derecho antes que un legislador⁴³.

cierto, en la gubernativa bastará con la genérica e incierta; c) Puede suplirse por un agravio que se teme, mientras que sólo se apelará de actos –hechos o sentencias- pasados; d) En la petición es distinto el régimen de la prueba; e) Mientras que en la apelación se trata, por lo general, de impugnar una sentencia, en la petición se ataca el hecho; f) en la judicial existe un procedimiento rígido y minucioso que no se presenta en la vía gubernativa. VILLAPALOS SALAS, Gustavo, Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media, p. 123 y 124.

⁴¹ En la Edad media existía una confusión entre lo público y lo privado, situación que se evidenciaba en la generalización de las potestades domésticas y privadas del rey a casi todos los asuntos de lo que hoy se denomina Estado. Ver NIETO, A., El Derecho como límite del poder en la edad media, p. 59, con cita de LALINDE, Iniciación histórica al Derecho español, 1970, p. 503 y 504.

⁴² Estos se subdividan en tres: jurisdicción ordinaria, extraordinaria o delegada y, por último, la arbitral.

⁴³ Ver MARONGIU, A., Un momento típico de la monarquía medieval; el rey juez, en AHDE, XXIII, 1953, p. 677 a 716, citado por VILLAPALOS SALAS, Gustavo, Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media, p. 19. Tanto el rey como sus oficiales debían acatar las leyes. Los recursos “judiciales” contra los oficiales eran los denominados ordinarios, la querrela o la alzada. Contra los actos del rey se habría de acudir, en cambio, a un recurso extraordinario denominado la “suplicación”. Por otra parte, paralela a la vía judicial, existía una vía de “gobierno” en donde se desenvolvían otros recursos que se resolvían sumariamente. El más significativo de estos era la “pesquisa” que se utilizaba también contra los agravios causados por el rey o sus oficiales en el uso del oficio, pudiendo “optar” el particular, en caso de agravio, entre la pesquisa del agravio o la querrela judicial contra el oficial que le agravió. Ver, VILLAPALOS SALAS, Gustavo, Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media, p. 19 y 20. Ahora bien, es preciso recalcar que en la Alta edad media, también el rey se medía por la jerarquía de sus atribuciones judiciales siendo su figura, opuesta a la de un príncipe absoluto. Como destaca GARCÍA DE VALDEAVELLANO “...la Monarquía no fue en la España medieval una monarquía absoluta, porque el poder real encontraba su limitación no sólo en las normas morales y religiosas (...) sino también en el derecho y en la costumbre del país, que protegían los intereses generales del Reino y los estatutos jurídicos de los súbditos derivados de un estado o condición social (...) el príncipe no era en los Estados de la Reconquista un monarca absoluto sin sujeción a las normas que decretase, o que estuvieran fijadas por la costumbre y, al igual que los súbditos, estaba obligado a respetar el ordenamiento jurídico vigente (...) de tal manera que las decisiones o mandatos del rey contrarios al ordenamiento constituían una violación del mismo, que debía ser reparada en justicia, un acto de fuerza y un quebrantamiento del Derecho del país”. Ver, GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Apuntes de historia del Derecho español, 1964, p. 457, citado por NIETO, A., El Derecho como límite del poder en la edad media, p. 14 y 15. Esta concepción, en cierta forma, coincide con los argumentos que JANET trae a colación al analizar el fundamento y la finalidad última de MONTESQUIEU en el espíritu de las leyes. En efecto, para JANET, si MONTESQUIEU se ocupa extensamente del despotismo y ve con tanta complacencia la diferencia del despotismo y la monarquía, ello se debe a que cree ver en la transformación de las instituciones monárquicas de Francia, una inclinación evidente hacia el despotismo y, por tanto, desea el retorno a la antigua monarquía francesa parlamentaria y aun feudal, rodeada de los cuerpos del Estado y fundada sobre una jerarquía de privilegios, de prerrogativas, de franquicias y de derechos particulares. Ver JANET, Paul, Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale, 5^o ed., Ed. Alcan, T. II, París, ps. 361 a 365 según cita de TRISTÁN BOSCH, Jorge, Ensayo de la interpretación de la doctrina de la separación de los poderes, Universidad de Buenos Aires, 1944, p. 40, nota al pie n^o 8.

Acudir a la vía de gobierno⁴⁴ o a la judicial era una cuestión opcional e incluso alternativa⁴⁵. Con ella se pretendía evitar la ejecución de un acto escrito que reuniera dos requisitos: ser contrario a Derecho - debía en principio vulnerar una norma de superior “fuerza y vigor” o lesionar la titularidad de un súbdito - y causar, de aceptarse el acto, un mal irreparable y cierto.

En tal período histórico en que el sistema de garantías y control de legalidad de la Administración, no se encontraba configurado con especificidad, la suspensión del acto resultaba ser el medio más idóneo de los que podía disponerse para evitar que se llevaran a ejecución actos de gobierno contrarios al Derecho⁴⁶.

4. LOS FUNDAMENTOS Y LOS “FINES” QUE SE HAN ATRIBUIDO AL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA⁴⁷

Como se ha podido advertir, la categoría ha estado presente con antelación al surgimiento del constitucionalismo moderno. De hecho, si tenemos en cuenta las raíces medievales españolas, resulta lógico que en España se haya afianzado el agotamiento en el siglo XIX⁴⁸.

Ahora bien, sin detenernos con mayor ahínco en este devenir histórico, tanto en el derecho comparado como en nuestro país, se han esbozado diversos fundamentos

⁴⁴ El recurso de gobierno se encauzaba en un procedimiento específico y simplificado que se extendía a los casos en que: 1) se impugnara los actos contra derecho del rey, los señores y las corporaciones; 2) existieran conflictos de poder y jurisdicción y 3) la deducción de responsabilidad patrimonial. VILLAPALOS SALAS, Gustavo, Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media, p. 125

⁴⁵ Se podía así, acudir a una u otra o ambas a la vez. Ver, VILLAPALOS SALAS, Gustavo, Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media, p. 125.

⁴⁶ Al respecto, resulta de particular trascendencia el estudio efectuado por VILLAPALOS SALAS en relación a la suspensión del acto en la Baja edad Media. Ver, VILLAPALOS SALAS, Gustavo, Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media, p. 193 a 202.

⁴⁷ GARCÍA PULLÉS lúcidamente diferencia los fines del procedimiento administrativo y los que se corresponden con el agotamiento de la vía administrativa. Según este autor, los diversos fines que se han asignado a esta última categoría (instancia de conciliación, el control preventivo de legalidad y de oportunidad, la mejora de fundamentos, entre otros), en realidad, pertenecen a la órbita del procedimiento administrativo. Ver, GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, T. 1, p. 402. Nos parece, no obstante, que en realidad la discusión se centra en una cuestión de género a especie. Dentro del procedimiento administrativo, se inserta este instituto que concreta, en ciertos casos (y sujeto de determinadas circunstancias específicas que rodeen su aplicación), ciertos fines (no todos) específicos del procedimiento administrativo. Lo que no puede negarse es que esta regla tiende a modular (en muchos casos y conforme su regulación normativa, a restringir de modo inválido) la relación existente entre la Administración y la Justicia. Por otra parte, como bien destaca CASSAGNE, el procedimiento administrativo suele contener en los ordenamientos positivos una serie de principios de carácter general que hacen a la propia función del procedimiento. Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, T. II, Abeledo Perrot, 9ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 669.

⁴⁸ En este sentido, es de imprescindible lectura la obra de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Poder y Derecho, Del antiguo régimen al Estado Constitucional en España Siglos XVIII a XIX, Marcial Pons, Madrid, 2009.

acerca de la categoría del agotamiento de la vía administrativa⁴⁹. Nos permitimos destacar los siguientes (ver asimismo puntos V, B, VI, A, VII C y D y VIII):

- a) Posibilita a la Administración el privilegio⁵⁰ o la prerrogativa⁵¹ de no ser llevada a juicio sin aviso previo⁵²;
- b) Se le atribuye la función de "...abrir una etapa preliminar de conciliación" <<destinée á ouvrir un préliminaire de conciliation>>⁵³.
- c) Respeta la <<independencia>>, <<autonomía>> y promueve la eficiencia de la administración⁵⁴ al evitar interferir prematuramente en su proceso decisorio⁵⁵.
- d) Que la administración tenga la oportunidad de corregir sus errores conforme las observaciones realizadas por el particular⁵⁶, así

⁴⁹ En el derecho norteamericano se atribuye a la categoría un doble fundamento jurisdiccional y legislativo. Los requisitos judiciales de agotamiento (<<*judicial requirements of exhaustion*>> y los <<prerrequisitos jurisdiccionales establecidos por la ley (<<*statutorily specified jurisdictional prerequisites*>>. Ver "Weinberger v. Salfi", 422, US 749, 766, 1975 citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 226 y 227.

⁵⁰ Entre otros, MAIRAL, GARCÍA PULLÉS y BALBÍN se refieren a este instituto como un <<privilegio>>. Ver, MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 304; GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 399 y 400 y Balbín Carlos F. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 762. Este último autor entiende que el propósito de exigir el agotamiento de la instancia administrativa sólo podía hallarse en la decisión legislativa de otorgar un privilegio a la Administración pública que hallara justificación en la complejidad de su organización burocrática y desconcentrada "...en tanto tendiente a impedir que sus actos o conductas sean sometidos al control ejercido por otro "poder" del Estado y a su eventual anulación, sin otorgar a aquélla la oportunidad de un examen preventivo de legalidad en su propia sede". Ver, GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 401. Sin embargo, a posteriori se ocupa de destacar que la exigencia de un trámite previo (calificado como instigador del control jerárquico y promotor del autocontrol de legalidad) no puede ya ser considerado como un "...privilegio legal otorgado a esta última [la Administración], cuando esos mismos efectos deben predicarse para cualquier litigante en la etapa de mediación (...). En todo caso, el único privilegio residual de la Administración resultará en las acciones en que ella es actora...". Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 404. En consonancia, LUQUI postula que la regla del agotamiento no es una prerrogativa o un privilegio para evitar una demanda judicial (aún cuando se pueda lograr ese objetivo, aclara el autor). Por el contrario, afirma que: "...no se exige cuando el acto es originario del presidente de la Nación o de la autoridad máxima de un ente autárquico y, además, porque la impugnación judicial no es una consecuencia inexorable del agotamiento de la vía administrativa". Ver, LUQUI, Roberto E., La revisión judicial de la actividad administrativa, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 93.

⁵¹ ABERASTURY se refiere al agotamiento como una prerrogativa pública. Ver, ABERASTURY, Pedro, La justicia administrativa, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 138.

⁵² MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 304.

⁵³ Ver, CHAPUS, René, Droit Administratif Général, T I, Montchrestein, 9a ed., París, 1995, p. 708.

⁵⁴ Ver Cámara de Apelaciones Federales en "*Cerro Metal Products v. Marshall*", 620, F. 2d 964, 3rd Cir. (1980), citado en MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 308.

⁵⁵ Ver CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 227.

⁵⁶ MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 304. Este autor plantea que la Administración puede investigar, registrar y evaluar los hechos aplicando sus conocimientos técnicos especializados. *Ibidem*. En similar sentido, GARCÍA PULLÉS destaca que la finalidad de la exigencia

como la obtención de una mejor defensa del interés público⁵⁷ (que se concreta a través del mejoramiento de los argumentos de los actos administrativos)⁵⁸;

e) Que la administración tenga la posibilidad de promover el control de legitimidad, oportunidad⁵⁹ y conveniencia de los actos por parte de los órganos superiores⁶⁰;

f) Evita que la Administración sea llevada a juicio por decisiones de sus órganos inferiores, tomadas a veces sin debida deliberación⁶¹;

g) Reduce el número de casos que llegan a la instancia judicial⁶² (el <<efecto filtro>> del que habla la doctrina alemana⁶³ y, en otros términos, la doctrina francesa⁶⁴), permitiendo que se solucione (o

abarca, entre otros aspectos, el de “Promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos, por parte de los órganos superiores de la Administración, dando a esta última la oportunidad para revisar los criterios y revocar los errores en que se hubiera incurrido”. Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, *El agotamiento de la vía administrativa*, La Ley, T. A, 1993, Buenos Aires, p. 1044.

⁵⁷ En Alemania, esta mejor defensa se cristaliza por la mayor protección de los derechos de los particulares desde el punto de vista de la ampliación de las posibilidades de éstos por la extensión del control (abarca la oportunidad del acto). Ver, GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 377.

⁵⁸ Ver, GARCÍA PULLÉS, Fernando, *El agotamiento de la vía administrativa*, La Ley, T. A, 1993, Buenos Aires, p. 1044 y el mismo autor en *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 400.

⁵⁹ Por ejemplo, el artículo 68 de la Ley de justicia administrativa en Alemania establece que: “Antes de interponer una acción impugnatoria hay que revisar la legalidad y la oportunidad del acto en un procedimiento previo”. Ver, *Ley de la Justicia administrativa Alemana*, ABERASTURY Pedro, Coordinador, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 157.

⁶⁰ MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, T. I, p. 321; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 400 y LUQUI, Roberto E., *La revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 93. En Alemania, el autocontrol administrativo constituye una de los argumentos que justifican la existencia de la vía administrativa previa (sólo para las acciones de anulación y obligación). Ver GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 377.

⁶¹ MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, T. I, p. 304. Aquí también se aprecia la influencia norteamericana. En efecto, la inmediatez de un conflicto se valora, entre otros factores, por el respeto hacia el normal desarrollo del procedimiento administrativo ya que los tribunales no deben interferir en el ejercicio de las competencias propias de las instancias administrativas hasta su total cumplimentación. Ver, CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, p. 220.

⁶² Según GARCÍA PULLÉS, se facilitaría la tarea tribunalicia al llevar ante los jueces controversias ya planteadas. Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 400.

⁶³ La descarga del trabajo de los tribunales ha sido denominada por ULE como <<efecto-filtro>>. Ver GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 377.

⁶⁴ Según RIVERO y WALINE, ciertos litigios podrían ser tutelados de mejor modo, si para ciertas materias se instauran recursos administrativos obligatorios previos al recurso contencioso. Estos autores, entienden que esta solución, entre otras (el arbitraje, la transacción y la conciliación), posibilitaría una reducción de litigios contenciosos. Ver RIVERO, Jean-WALINE, Jean, *Droit administratif*, 21 édition, Dalloz, París, 2006, p. 511. En igual sentido, CHAPUS sostiene que para que la obligación de un recurso previo surta el efecto desado de reducir el volúmen de causas ante la jurisdicción administrativa, se sancionó la ley del 31 de diciembre de 1987 (artículo 13) que dispone que los decretos

alargue innecesariamente) el conflicto en sede administrativa (por conducto del recurso o reclamo administrativo)⁶⁵. Como contrapartida, se facilita la revisión judicial posterior⁶⁶ al poner a disposición de los tribunales el beneficio de la experiencia y pericia del organismo administrativo⁶⁷.

5. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN FRANCIA. EL RECURSO ADMINISTRATIVO OPTATIVO COMO REGLA⁶⁸

5.1 BREVE RESEÑA DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN EL SISTEMA FRANCÉS

en el Consejo de Estado determinarán las condiciones bajo las cuales tal institución será instituida. La norma se refiere a los litigios contractuales y los relativos a la responsabilidad extracontractual de las personas públicas. Ver CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, T I, Montchrestein, 9a ed., París, 1995, p. 709. BRAIBANT, Guy, STIRN Bernard, *Le droit administratif français*, 5ª ed., Dalloz, París, 1999, p. 511 y 512.

⁶⁵ MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, T. I, p. 304. Aquí el autor habla de una finalidad válida y una inadmisibles. En el primer caso se soluciona la cuestión mediante el mecanismo más simple e informal del recurso administrativo. En el segundo, se puede alargar y complicar los trámites para que los particulares “se descorazonen”, pierdan interés por haberse tornado abstracta la cuestión o cometan errores formales en que fundar la denegatoria. *Ibidem*. En nuestro país, en el fallo “Empresa La Estrella S.R.L. c/Provincia del Chaco s/demanda contenciosoadministrativa”, del 10 de mayo de 1988, E.312.XXI, se estableció que la necesidad del agotamiento (se refería al reclamo administrativo previo) tenía fundamento en que la Administración tuviese la oportunidad de examinar la naturaleza y justicia de la pretensión, produciendo una etapa conciliatoria anterior al pleito que dé al Estado la oportunidad de rectificar sus errores - evitando la propagación de pleitos inútiles. Ver asimismo TAWIL, Guido, *Administración y Justicia*, T. II, p. 153 y 154; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *El agotamiento de la vía administrativa*, La Ley, T. A, 1993, Buenos Aires, p. 1044 y el mismo autor en *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 400 a 406 y Balbín Carlos F. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 762. GARCÍA PULLÉS desarrolla con certeza la relación y vinculación analítica entre la etapa conciliatoria del derecho civil y la existencia del agotamiento de la vía administrativa en el ámbito del derecho administrativo. *Ídem*, p. 402 a 406. Por último, el énfasis en la necesidad de promover una etapa de conciliación en sede administrativa a fin de evitar litigios ha sido desarrollado por CANOSA Armando, en *Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa*, ED, 166-992.

⁶⁶ MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, T. I, p. 304 y GARCÍA PULLÉS, Fernando, *El agotamiento de la vía administrativa*, La Ley, T. A, 1993, Buenos Aires, p. 1045. En el derecho norteamericano, el requisito de inmediatez (<<RIPENESS>>) se relaciona con un objetivo: “...evitar que los tribunales se involucren en desacuerdos abstractos sobre políticas administrativas y también, en proteger a la Administración de interferencias judiciales hasta que se haya formalizado una decisión administrativa y sus efectos sean percibidos de forma concreta por las partes que se oponen a ella”. Ver CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, p. 219 y 220, con cita del precedente “*Abbot Laboratories v. Gardner*”, 387 US 136, 147, 1967.

⁶⁷ Ver, Cámara de Apelaciones Federales en “*Cerro Metal Products v. Marshall*”, 620, F. 2d 964, 3rd Cir. (1980), citado en MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, T. I, p. 308.

⁶⁸ CASSAGNE ha destacado con énfasis el carácter potestativo de los recursos en Francia como regla Ver CASSAGNE Juan Carlos, *El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia*, en *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 391 a 395.

Cuando se suele hablar del sistema francés, muchas veces (y con razón)⁶⁹ se le atribuyen institutos y categorías que no son propias de dicho sistema. Creemos que es el caso de este instituto. Nuestra conclusión se asienta en la tajante afirmación BRAIBANT y STIRN quienes sostienen que el recurso obligatorio previo es contrario a las tradiciones administrativas y jurídicas francesas⁷⁰.

Ahora bien, para comprender el cuadro general en el que se insertan los recursos obligatorios previos, necesariamente debemos tratar brevemente el régimen de los recursos en Francia. Veamos.

Se entiende por recurso (<<*recours*>>), todo medio puesto por el Derecho a disposición de una persona para que una situación sea resuelta por una autoridad pública; es decir, todo modo de reclamo jurídicamente organizado.

Los recursos administrativos y los recursos contencioso administrativos son dos instituciones distintas y se desarrollan en jurisdicciones diversas⁷¹. El recurso administrativo es aquél que se interpone ante la autoridad administrativa de la que emanó el acto⁷². El recurso contencioso procede ante los Tribunales Administrativos⁷³ o

⁶⁹ El derecho francés ha sido la cuna y la inspiración del derecho administrativo en el mundo. No en vano OTTO MAYER expresó textualmente que: "Más de una vez, el derecho francés ha sido simplemente copiado". Ver OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, T. I, Parte general, Depalma, Buenos Aires, 1982, prefacio a la edición francesa, p. XXIV. Y proseguía el célebre autor alemán: "El derecho administrativo alemán (...) es la obra de las legislaciones particulares de los distintos Estados. Presenta, pues, gran variedad. En ninguna parte el elemento francés ha permanecido totalmente ajeno". *Ibidem*. Aclaramos que la obra de OTTO MAYER traducida al español, se corresponde con la primera edición alemana publicada en 1903. 20 años después, OTTO MAYER publicó la tercera edición en 1923 que no ha sido traducida al español.

⁷⁰ BRAIBANT, Guy, STIRN Bernard, *Le droit administratif français*, 5ª ed., Dalloz, París, 1999, p. 511. En similar línea, AGUILAR VALDEZ, O. R., El agotamiento de la vía administrativa, en *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I., p. 613. En contra (siguiendo un sector de la doctrina francesa) TAWIL Guido, La reforma del contencioso-administrativo francés, en BIANCHI, A., TAWIL, Guido, *Proceso administrativo y constitucional*, Editorial ciencias de la comunicación, Buenos Aires, p. 178 y 179. A nuestro juicio, y más allá de una posible discusión en torno a esta circunstancia, tal como se ha podido apreciar en el punto II, la institución data del período medieval y de ahí que no pueda sostenerse que la categoría se originó en Francia en el siglo XIX como un privilegio de la Administración para ser juzgada. Esta última afirmación, que no compartimos, es sostenida por LOPEZ OLIVERA, Miguel Alejandro, *La instancia administrativa*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 60.

⁷¹ Una descripción (aunque un tanto desactualizada) del sistema de recursos contenciosos administrativos puede verse en BENOIT, Francis Paul, *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios administrativos, Madrid, 1977, p. 458 a 462.

⁷² BENOIT habla de las autoridades administrativas activas. *Ídem*, p. 458.

⁷³ Entre otras reformas que se dieron en el derecho francés, la reforma de 1987 dejó intacta la calidad de juez del Derecho Común de los tribunales administrativos y las competencias propias del Consejo de Estado. Sin embargo, transformó profundamente las reglas de apelación. Esta modificación dio origen a un control de casación en la jerarquía que le fue confiado al Consejo de Estado. La ley del 31 de diciembre de 1987 creó cinco Cámaras Administrativas de Apelación: de París, Bordeaux, Lyon, Nancy y Nantes, competentes para entender por vía de apelación sobre las sentencias de los tribunales administrativos. Con posterioridad, fue creada una sexta en Marsella, el 9 de mayo de 1997, una séptima en Douaie el 18 de mayo de 1999 y una octava en Versalles, el 22 de junio de 2004. Esta pluralidad de Cámaras de Apelación resolvía en última instancia, lo que originaba decisiones divergentes. En consecuencia, la unidad del Derecho administrativo se veía comprometida. Con el objetivo de asegurar el necesario mantenimiento de esta unidad fue creado, por ley un recurso de casación contra las sentencias de las Cámaras, ante el Consejo de Estado, guardián de la unidad del Derecho; al igual que la Corte de Casación en la jurisdicción judicial.

ante el Consejo de Estado según el caso.

Desde un sector doctrinal se ha distinguido cuatro tipos de recursos⁷⁴:

- a) Recursos por los cuales se puede solicitar al juez que reconozca la ilegalidad de una decisión administrativa y pronuncie, por vía de consecuencia, su anulación. A este fin propenden los recursos de anulación, entre los cuales el principal es el recurso por exceso de poder. En conjunto forman el contencioso de anulación⁷⁵;
- b) Recursos por los cuales se puede solicitar al juez que utilice el servicio del restablecimiento del derecho, ejerza el conjunto de sus poderes jurisdiccionales y no sólo su poder de anulación, en particular pronunciando condenas pecuniarias. Se trata del contencioso de plena jurisdicción⁷⁶, así llamado debido a que pone en aplicación la plenitud de los poderes del juez tal como él mismo los ha delimitado;
- c) Un tercer grupo de recursos está vinculado con el mecanismo de las denominadas cuestiones prejudiciales: cuando un tribunal judicial debe abstenerse de decidir por qué una cuestión entra en la cuestión administrativa y esa cuestión al mismo tiempo está relacionada con la decisión final, aparece en el curso de la instancia el juez administrativo, quien deberá intervenir a través de un recurso distinto; ya sea de interpretación, por el que se le solicita que interprete un acto administrativo oscuro; ya sea de apreciación de la legalidad, caso en que lo que se le solicita es que establezca si el acto administrativo que una de las partes tacha de ilegal es legal o no. En ambos casos, el juez "judicial" determina las consecuencias para el litigio que tramita ante su juzgado por aplicación de legalidad o arbitrariedad que ha hecho el juez administrativo. Estos dos grupos de recursos son designados con el nombre de contencioso de interpretación.
- d) Por fin, el juez administrativo puede, a título muy excepcional, ejercer una función represiva: es competente para condenar a aquellos que han cometido ciertas contravenciones. Es el contencioso de la represión.

⁷⁴ Reproducimos aquí la descripción realizada en GALLEGOS FEDRIANI Pablo y CORVALÁN Juan Gustavo, "La apreciación global y el balance de la urgencia en los procesos urgente. (Procesos de urgencia (*référés*), medidas cautelares autónomas, medidas autosatisfactivas y medidas de urgencia", Revista Argentina del Régimen de la administración pública, R.A.P., N° 385, Buenos Aires, 2010, p. 174 y 175.

⁷⁵ Los recursos de anulación, también son llamados <<recursos de legalidad>>. BENOIT prefiere utilizar esta última expresión dado que el término <<recurso de anulación>> resulta impropio dado que esta clase de recursos no tienden siempre a una anulación. Ver BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 459 y nota n° 28.

⁷⁶ BENOIT clasifica los recursos en dos grandes categorías: los recursos de legalidad y los recursos de plena jurisdicción. Para este autor, la distinción fundamentalmente responde al contenido diverso de la misión otorgada al juez y de la decisión que puede adoptar. En los recursos de legalidad el juez debe apreciar la legalidad de una decisión administrativa. Eventualmente, puede pronunciar la anulación. En los recursos de plena jurisdicción, el juez puede verse obligado a apreciar la importancia o las consecuencias (de un acto jurídico, de una operación material realizada por la Administración). Inclusive, también puede condenarla a pagar indemnizaciones. Ver BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 459 y 460.

5.2 LOS RECURSOS OBLIGATORIOS PREVIOS

En Francia la jurisprudencia ha establecido el principio según el cual toda persona puede atacar directamente un acto administrativo ante el juez. Por “principio general”⁷⁷ es optativa la opción de acudir previamente ante la administración misma mediante un recurso administrativo gracioso o jerárquico⁷⁸.

Ahora bien, esta regla (recurso administrativo optativo) puede ceder cuando existe una obligación de incoar un recurso administrativo obligatorio previo que ha previsto el legislador o el poder reglamentario⁷⁹. Es decir, la ley o un reglamento pueden establecer recursos previos obligatorios frente a procedimientos administrativos particulares⁸⁰.

El recurso previo es considerado en Francia como una “demanda” en el sentido del artículo 16 de la ley del 12 de abril de 2000⁸¹. Así, cuando se instaura por norma un recurso previo obligatorio⁸², quien incumpla con dicha obligación no podrá acudir a la vía contenciosa⁸³.

⁷⁷ Ver, CE 13 de febrero de 2006, *Mma Hinopay*, n° 281840.

⁷⁸ Si el particular se dirige al propio autor de la decisión que le lesiona, este recurso administrativo se denomina un <<recurso gracioso>>: apela a la buena voluntad del funcionario. En nuestro país podría ser el recurso de reconsideración. Cuando el particular se dirige contra la autoridad superior al autor de la decisión: el recurso administrativo es denominado <<jerárquico>>. Ver BENOIT, Francis Paul, *El derecho administrativo francés*, p. 458, nota 27.

⁷⁹ Ver, CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, T I, Montchrestein, 9a ed., París, 1995, p. 708.

⁸⁰ En el fallo “*Houlbreque*” (CE, Secc., 18 de noviembre de 2005, Lebon, p. 513, RFDA 2006, concl. T.-X. Girardot; AJDA 205. 2453, concl. C. Landais y F. Lenica) se justificó el establecimiento de un recurso administrativo previo obligatorio con sustento desde una doble perspectiva: a) permite fijar de forma definitiva la posición tomada por la Administración y b) posibilita “remediar las ilegalidades de las cuales podría estar viciada la decisión inicial sin esperar a la intervención del juez”. En las observaciones al fallo esbozadas por Jean-Claude BONICHOT, se aprecia los numerosos y diversos recursos obligatorios previos instaurados en diferentes ámbitos de la actividad administrativa y tributaria (ver puntos 3 y 4 de las observaciones al fallo). Ver, C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, París, Dalloz, 2007, p. 695 a 700. Traducción de Pablo GALLEGOS FEDRIANI y Laura Inés IORIO.

⁸¹ Ver CE 27 de julio de 2005, *Mme Houdelette*, Lebon, p. 355. El artículo precitado establece textualmente que: “*Toda persona que se encuentre obligada a respetar una fecha límite o un plazo para presentar una demanda, una declaración, ejecutar un pago, o un documento ante una autoridad administrativa, puede satisfacer esta obligación a más tardar a la fecha prescripta por medio de un envío postal (el sello del correo hace fé), o mediante el envío por vía electrónica en cuyo caso hace fé la fecha que figura sobre el acuse de recepción o llegado el caso sobre el acuse de registración dirigido al usuario por la misma vía, conforme las disposiciones del I del artículo 5 de la Ordenanza N° 2005-1516 del 8 de diciembre de 2005 relativa a los intercambios electrónicos entre los usuarios y las autoridades administrativas y, entre las autoridades administrativas. Estas disposiciones no serán aplicables ni a los procedimientos regidos por el código de los mercados públicos ni aquellos que corresponden a los artículos L.14-11 y siguientes del código general de las colectividades territoriales ni aquellos por los cuales se exige la presencia personal del actor en aplicación de una disposición particular. Las modalidades de aplicación del presente artículo serán fijadas por decreto del Consejo de Estado*”. Ver, www.legifrance.gouv.fr

⁸² Puede estar previsto ante otra autoridad administrativa, ante el superior jerárquico o ante un organismo particular. Ver, CE, Secc., 18 de noviembre de 2005, “*Houlbreque*”.

⁸³ A esta conclusión también arriba CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, T I, Montchrestein, 9a ed., París, 1995, p. 708.

La sobrecarga en la justicia administrativa constituye un factor que se tiene en consideración para analizar la regla del agotamiento de la vía administrativa. Es decir, se postulan diversas medidas para evitar la sobrecarga de la justicia administrativa. Entre ellas, se destaca el recurso obligatorio previo. Veamos.

Bajo el título “la prevención del contencioso” <<La *prévention du contentieux*>>⁸⁴, BRAIBANT y STIRN abordan ciertos aspectos que se relacionan con los recursos obligatorios previos. Estos autores distinguen entre procedimientos « *pre* » y « *para* » contenciosos. Afirman, en tal sentido, que para acelerar la resolución de los litigios entre la administración y los particulares, se pueden implementar dos categorías de procedimientos.

Unos tienden a impedir que los litigios alcancen las jurisdicciones. Otros se orientan a sustituir al contencioso propiamente dicho por procedimiento más ligeros y más rápidos: por ejemplo, la conciliación y el arbitraje⁸⁵.

Con fundamento en la multiplicidad de causas, los precitados autores pretenden que se instauren mecanismos que resuelvan el conflicto en el marco del procedimiento administrativo siempre que existan garantías suficientes para los administrados⁸⁶.

Con el mismo objetivo, RIVERO y WALINE plantean que la existencia de un recurso obligatorio previo, en ciertas materias, debe estar precedido por un verdadero cuerpo de juristas capaces de franquear las dificultades jurídicas que puedan presentar el recurso⁸⁷.

Una vez que se ha instaurado un recurso previo obligatorio, la decisión tomada sobre él sustituye la decisión inicial.⁸⁸ A la autoridad competente para pronunciarse sobre el recurso administrativo le corresponde “detener de manera definitiva la posición de la Administración”. Desde esta plataforma, un recurso planteado contra la decisión inicial es inadmisibles cuando la autoridad se pronunció sobre el mismo y sustituyó⁸⁹ la decisión inicial. Sólo esta última es susceptible de ser deferida al juez de la legalidad.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia pretende conciliar dos intereses: 1) las reglas establecidas de los recursos previos obligatorios; 2) el derecho de los administrados al respeto integral de las formas y formalidades que las leyes y los reglamentos han previsto en su beneficio⁹⁰.

6. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO NORTE-

⁸⁴ Ver, BRAIBANT, Guy, STIRN Bernard, *Le droit administratif français*, 5ª ed., Dalloz, París, 1999, p. 511.

⁸⁵ BRAIBANT, Guy, STIRN Bernard, *Le droit administratif français*, p. 510 y 511.

⁸⁶ CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, T I, Montchrestein, 9a ed., París, 1995, p. 709.

⁸⁷ Además, sostienen que la administración debería ser obligada a resolver el recurso en un plazo determinado. Ver, RIVERO, Jean-WALINE, Jean, *Droit administratif*, 21 édition, Dalloz, París, 2006, p. 512.

⁸⁸ Ver CE, Secc., 30 de marzo de 1973, *Sieur Gen, Lebon*, p. 269; *AJDA* 1973. 268, *concl. G. Guillaume*. Ver asimismo.

⁸⁹ Ver CE 24 de noviembre de 2005, *Mounir Jeddi, Lebon, Lebon*, cuadros p. 1011.

⁹⁰ Ver, C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, París, Dalloz, 2007, p. 695 a 700. Específicamente, ver punto 8 de las observaciones al fallo “*Houlbreque*” (CE, Secc., 18 de noviembre de 2005, *Lebon*, p. 513, *RFDA* 2006, *concl. T.-X. Girardot*; *AJDA* 205. 2453, *concl. C. Landais y F. Lenica*). Ídem, p. 700.

AMERICANO. EL BAREMO QUE SE UTILIZA PARA DETERMINAR SU “UTILIDAD”

6.1 INTRODUCCIÓN

Como bien afirma BIANCHI, en los Estados Unidos la Ley de Procedimientos Administrativos (Administrative Procedure Act; APA) induce a sostener la inexistencia de la regla del agotamiento. No obstante, la jurisprudencia (a partir del caso “Myers v/Bethlehem Shipbuilding Corp”⁹¹) exige el agotamiento de la vía administrativa y se discute si es una regla general⁹².

Según se ha establecido desde un sector jurisprudencial norteamericano, la aplicación de la doctrina del agotamiento de la vía administrativa es: “...eminentemente pragmática”⁹³ y de ahí la importancia de analizar la “...severidad del daño causado por la exigencia de agotamiento de la vía administrativa [que] condicionará la interpretación amplia o restrictiva que el Tribunal efectúe de los requisitos establecidos por la ley”.⁹⁴

En los Estados Unidos sólo se exige el agotamiento de la vía administrativa cuando los trámites o actuaciones disponibles en vía administrativa sean susceptibles de resolver el litigio. Este razonamiento encuentra fundamento en que resulta *fútil e injusto* imponer cargas costosas e innecesarias. Por tanto, se requiere que la solución administrativa sea idónea lo cual depende de la *inmediatez* o *prontitud* por un lado, y de su *utilidad* por otro⁹⁵.

En tales términos, la actuación administrativa se considera definitiva cuando, a pesar de su carácter informal, define efectivamente los derechos y obligaciones de los implicados y comporta una lesión o daño inmediato y palpable en la esfera de sus intereses⁹⁶.

De tal modo, “la severidad del daño causado por la exigencia de agotamiento de la vía administrativa condicionará la interpretación amplia o restrictiva que el Tribunal efectúe de los requisitos establecidos por la ley (aplicable)”.⁹⁷

En suma, la adecuación de los remedios administrativos en cuanto al plazo y la posibilidad de suspender el acto administrativa pendiente de revisión, constituyen también aspectos determinantes para ponderar la exigencia del agotamiento de la vía⁹⁸.

⁹¹ 03 US 41 (1938), citado en BIANCHI, Alberto, Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad ¿A quién protege el procedimiento administrativo?, en Cuestiones de procedimiento administrativo, Jornadas de la Universidad Austral, p. 867 y 868.

⁹² Ídem, p. 868.

⁹³ Ver, “*Mathews v. Eldridge*”, 424 US 319, 331, 331, 1976, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 232.

⁹⁴ Ver “*Bowen v. City of New York*”, 476 US 467, 469, 483, 1986, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 232.

⁹⁵ CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 230.

⁹⁶ Ver “*National Automatic Laundry Council v. Schultz*”, 443, F2d 689, D. C. Cir., 1971 y en el mismo sentido “*American Trucking Assns. V. ICC*”, 659 F.2d, 452, 5th Cir. 1981, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 230.

⁹⁷ Ver “*Bowen v. City of New York*”, 476 US 467, 469, 483, 1986, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 232.

⁹⁸ Ver “*Patsy v. Florida International University*”, 634 F. 2d 900 (1981) 5th Cir, citado en MARIAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 312 y nota 33.

6.2 EXCEPCIONES AL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN LOS ESTADOS UNIDOS

De modo esquemático y sintético, podemos resumir algunas circunstancias que ameritan eximir el requisito del agotamiento de la vía administrativa. Veamos.

a) En “*Patsy v. Board of Regents*”⁹⁹ se resolvió que resulta innecesario agotar la vía cuando la actuación cuestionada *afecta a derechos y libertades fundamentales* contemplados en el artículo 1983 de la sección 42 USC.

En estos casos la administración reconoce en forma implícita el carácter definitivo de su decisión. En función de la competencia de los tribunales para resolver los conflictos relativos a tales derechos, se considera una carga “*fútil*”, “*antieconómica*” (para ambas partes), un tratamiento injusto (<<*unfair*>>) sobre los administrados y un efecto “disuasor o paralizador” (<<*chilling effect*>>) de su ejercicio.¹⁰⁰

b) No se requiere agotar la vía administrativa cuando *la impugnación del acto en cuestión se fundamenta en la inconstitucionalidad de la norma*¹⁰¹. Al respecto, el Tribunal Supremo ha precisado que para ello la acción debe basarse en motivos de “*inconstitucionalidad flagrante*” (<<*facial unconstitutionality*>>), sin referencia alguna a la interpretación y aplicación que de la norma efectúa la Administración demandada¹⁰².

c) No corresponde agotar la vía cuando el particular se defiende en un juicio criminal promovido por la Administración por violación de la reglamentación u orden no impugnada¹⁰³.

d) Resulta innecesario el agotamiento de la vía cuando, la *demora*

⁹⁹ Ver 457 US 496, 1982, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 229.

¹⁰⁰ Como indica CUCHILLO FOIX, la articulación jurisprudencial de la doctrina del efecto paralizador o disuasor del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales sancionados por la I Enmienda se estableció, básicamente en “*Wieman v. Updegraff*”, 344 US 183, 1952; “*Laird v. Tatum*”, 408 US 1, 1972 y “*Meese v. Keene*”, 107 S.Ct. 1862, 1987, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 229, nota N° 95. Ver asimismo, Note, Chilling Injuries as a Basis for Standing, 98 “*Yale L. J.*” 905, 1989; Schauer, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, 58 “*B.U.L. Rev.*” 685, 1978, ambas citas en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 229, nota N° 95. En nuestro país, MAIRAL ha destacado que constituye una excepción al agotamiento cuando la conducta administrativa indica que el recurso previo será fútil. Ver MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 310 y doctrina allí citada.

¹⁰¹ Ver “*Califano v. Sanders*”, 430 U.S. 99 (1977), citado en MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 308. Sin embargo, como bien afirma MAIRAL, esta regla no se extiende a la impugnación de la constitucionalidad de la interpretación de la ley que realiza el organismo en su ejecución. Ver MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 308 y doctrina allí citada.

¹⁰² Ver “*Moore v. East Cleveland*”, 432 US 494, 1977, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 229.

¹⁰³ Ver, MAIRAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 309 y jurisprudencia citada en nota N° 20 y 21.

de la intervención administrativa por “cualquier razón” (entre otros, falta de recursos humanos y materiales), imposibilitaría la adopción de una resolución administrativa en los términos previstos por la ley o en un tiempo razonable, tal como lo exige la ley de procedimiento administrativo norteamericana (A.P.A.)¹⁰⁴.

e) Cuando la cuestión de la aptitud del remedio administrativo es idéntica, en la práctica, con la cuestión de fondo que plantea el recurrente¹⁰⁵.

f) Cuando el recurrente pudo razonablemente equivocarse al no intentar la vía administrativa previa o fue inducido a error por la misma Administración¹⁰⁶. En “*Piccone v. United States*”¹⁰⁷ se determinó que la omisión en informar al particular el significado de la opción entre dos vías administrativas posibles, determina que luego la Administración no puede alegar que tiene cerrado el acceso a la revisión judicial por no haber agotado la otra vía. El agotamiento de la vía no rige cuando la omisión es excusable¹⁰⁸.

g) Cuando la Administración no opone como excepción la omisión del agotamiento como defensa¹⁰⁹.

h) Lo que en nuestro país se conoce como “*ritualismo inútil*”, en el derecho norteamericano se presenta desde dos perspectivas: por un lado, bajo la noción de un “*puro trámite*” que constituye “*nada más que una formalidad en el camino que conduce a los tribunales*”¹¹⁰. Por otro, cuando el precedente establecido por la práctica administrativa en la resolución de casos anteriores similares, hace patente la posición desfavorable de la Administración. En estos casos, se demuestra que la exigencia de plantear un recurso administrativo sería comparable a exigir que los afectados “*intenten extraer petróleo de un pozo seco*” (*to pump oil from a dry hole*).¹¹¹

¹⁰⁴ Ver “*Smith v. Illinois Bell Tel. Co.*”, 270 US 587, 591, 1926; “*Deering Milliken v. Johnston*”, 259 F.2d 856, 4th Cir. 1961 y “*Camenisch v. University of Texas*” 451 US 390, 1981, todas citas en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 230. También ver “*Walker v. Southern Railway*”, 385 U.S. 196 (1966); “*Frozen Foods Express v. United States*”, 351 U.S. 40 (1956) y “*United States v. Joseph A. Holpuch Co.*”, 328 U.S. 234 (1946), citados en MARIAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 309.

¹⁰⁵ Ver MARIAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 310 y doctrina allí citada.

¹⁰⁶ La administración puede inducir a error cuando ha efectuado una comunicación administrativa ambigua y errónea Ver MARIAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 311, nota 30.

¹⁰⁷ 407 F. 2d 866, Ct. Cl. 1969, citado en MARIAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 311 y nota 29.

¹⁰⁸ Ello según el fallo “*Hagarty v. United States*”, 449, F. 2d 352, Ct. Cl. (1971), citado en MARIAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 311 nota 29.

¹⁰⁹ Ver “*Mathews v. Díaz*”, 426 U.S. 67 (1976), citado en MARIAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 311 y nota 31.

¹¹⁰ Ver “*Turner v. Lansing Township*” 310 N. W. 2d 287, 290, Mich App. 1981. Este caso, versaba sobre los litigios contra la discriminación racial en los que las actuaciones disponibles en vía administrativa comportaban en sí mismas una verdadera y palpable discriminación y un “ejercicio retórico” (<<an exercise in futility>>). Ver “*Marsh v. Conty School Bd*”. 305 F.2d 94, 98, 4th Cir. 1962, ambas citas en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 230 y 231.

¹¹¹ Ver “*Ogo Assocs. v. Torrance*”, 112 Cal. Rptr. 761, 763, Cal. App. 1974, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 231.

i) Es innecesario agotar la vía administrativa previa cuando el órgano administrativo que debe resolver el recurso pertinente, tiene una *predisposición en contra* del o de los afectados suficientemente demostrable o palpable que imposibilita de hecho el respecto del principio del procedimiento justo y debido (<<*due process*>>).

No obstante, hay que aclarar que en estos casos, la jurisprudencia exige que se haya planteado previamente la recusación de los miembros del organismo o tribunal administrativo implicado y que ésta se hubiese rechazado por la autoridad competente¹¹².

j) El agotamiento está dispensado cuando él o los implicados alegan que el retraso de la resolución judicial, derivada de la cobertura de tales trámites, puede causarles daños de imposible o difícil reparación.¹¹³ Sobre el particular, los tribunales han sostenido esta postura aún cuando la legislación especial aplicable exige la cumplimentación de dichos trámites. En nuestro derecho, esta disposición se consagra en el artículo 12 de la ley 19.549 (L.N.P.A.) y constituye una de las causales por las cuales se puede suspender los efectos del acto administrativo.

k) Excepcionalmente, se dispensa de agotar la vía cuando se alega la incompetencia de la administración y se solicita la intervención inmediata de los tribunales sobre la base del carácter *ultra vires* de su actuación.¹¹⁴

No obstante, la jurisprudencia entendió que los daños no se producirán hasta que se haya adoptado la decisión administrativa respecto de la cual se aduce la incompetencia.¹¹⁵ Se trae a colación que los gastos y las demoras resultantes de la previa intervención de la Administración no constituyen para los demandados “*daños irreparables*”, sino simplemente “*parte de las cargas sociales derivadas de vivir en una sociedad políticamente organizada*”¹¹⁶.

7. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN ALEMANIA. EL “RETRASO INÚTIL” COMO BAREMO QUE REGULA SU CONFIGURACIÓN

¹¹² Ver “Amos Treat & Co. V. SEC”, 306 F.2d, 260 D.C. Cir., 1962, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 231. MARIAL hace referencia a la impugnación de la parcialidad del organismo revisor siempre que la misma sea prima facie evidente. Ver MARIAL, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 310 y doctrina y jurisprudencia citada en nota N° 26 y 27.

¹¹³ Sin embargo, cuando se alegan daños de carácter exclusivamente económico, los tribunales suelen mantener la exigencia de agotamiento de la vía administrativa. Ver, “Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp.”, 303 US 41, 51, 1938, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 231 y 232.

¹¹⁴ Ver “Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp.” (1938), citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 232.

¹¹⁵ Ver “Shawnee Coal Co v. Andrus”, 661 F.2d 1083, 1093 6 th Cir. 1981, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 232 y 233.

¹¹⁶ <<Part of the social burden of living under government>>. Ver “Petroleum Co. v. Public Service Commission”, 304 US 209, 222, 1938, citado en Ver “Shawnee Coal Co v. Andrus”, 661 F.2d 1083, 1093 6 th Cir. 1981, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 233.

7.1 INTRODUCCIÓN

Para comprender el funcionamiento del agotamiento de la vía administrativa en el derecho alemán, resulta imprescindible destacar las diferentes acciones procesales existentes¹¹⁷. Las relaciones entre todas ellas se orienta por el criterio procesal de la <<necesidad de protección jurídico-subjetiva>> (*Rechtsschutzbedürfnis*)¹¹⁸.

Veamos.

a) La acción de anulación (*anfechtungsklage*), como acción constitutiva (*Gestaltungsklage*)

b) Las acciones prestacionales o de condena (*Leistungsklagen*), que a su vez se clasifican en: 1) acción obligacional¹¹⁹ o para que la Administración conceda una prestación mediante un acto administrativo (*Verpflichtungsklage*); 2) acción prestacional general para que la Administración conceda una prestación mediante la realización de una actividad que no es un acto (*allgemeine Leistungsklage*);

c) Acción declarativa¹²⁰ (*Feststellungsklage*) que comprende a su vez tres subformas de acción: 1) acción declarativa general mediante la cual se requiere del Tribunal una sentencia que declare la existencia o inexistencia de una relación jurídica; 2) la acción declarativa que pretende se declare un acto nulo (*Nichtigkeitfeststellungsklage*); 3) la acción para la continuación de las actuaciones procesales hasta la obtención de la declaración de ilegal de un acto administrativo (*Fortsetzungsfeststellungsklage* o *nachträgliche Feststellungsklage*) y 4) la acción declarativa preventiva (*vorbeugende Feststellungsklage*).

7.2 PRESUPUESTOS PARA LA VIABILIDAD DE LA ACCIÓN O CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD (SACHURTEILVORAUSSETZUNGEN)¹²¹

En la sección 8ª de la Ley de Justicia administrativa alemana, se regulan las disposiciones especiales para la acción impugnatoria y de condena a dictar un acto¹²².

¹¹⁷ Seguimos en esta clasificación y enunciación (aunque de modo muy sintético) a GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, Civitas, Madrid, 1993, p. 187 y ss. En nuestro país, GARCÍA PULLÉS ha recensionado el sistema alemán y las diferentes acciones y pretensiones procesales. Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de la contencioso administrativo, T. 1, p. 130 y ss.

¹¹⁸ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 189.

¹¹⁹ La acción de <<obligación>> es un género específico <<echtes aliud>> y no una extensión de la acción de anulación (*weitergehende Anfechtungsklage*). Ver GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 193.

¹²⁰ A diferencia de otras acciones, las acciones declarativas no están sujetos a plazo para su interposición y no hay que agotar la vía administrativa previa (como regla) para acudir ante la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

¹²¹ Este instituto es concebido como los presupuestos para que el Tribunal pueda dictar una sentencia. En cambio, las condiciones procesales se relaciona con la iniciación de la relación procesal.

¹²² Ver Ley de la Justicia administrativa Alemana, ABERASTURY Pedro, Coordinador, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 157 a 164.

Para ilustrar la cuestión, el artículo 68 de la precitada ley establece que “Antes de interponer una acción impugnatoria hay que revisar la legalidad y la oportunidad del acto en un procedimiento previo”¹²³.

Ahora bien, sin adentrarnos en las diferentes condiciones de admisibilidad existentes en Alemania¹²⁴, tan sólo nos avocaremos a destacar algunos aspectos del agotamiento entendido como condición de admisibilidad para el acceso a la justicia administrativa.

En el país germano, como ya lo expusimos, siempre que se ejercite una acción, corresponde hacer valer una lesión jurídica; esto es, se debe acreditar una necesidad de protección jurídico-subjetiva (*Rechtsschutzbedürfnis*)¹²⁵. Esto implica, por un lado, una exigencia general para todo tipo de acción que examina un tribunal para declarar la demandada inadmisibile.

Se verifica la “*Sachurteilvoraussetzungen*” que constituye una de las condiciones de admisibilidad. En nuestro lenguaje esta noción podría denominarse como “condiciones para poder entrar al fondo de asunto”.

Por otro lado, la necesidad de protección jurídico-subjetiva se proyecta específicamente sobre cada una de las acciones bajo la siguiente premisa que constituye la regla general del sistema de acciones: sólo es procedente una de éstas acciones, si la pretensión planteada no puede resarcirse de un modo más adecuado procesalmente. Es decir, se admite como vía residual.¹²⁶

Desde esta atalaya, se erige el fundamento o razón técnica por la cual se exige en Alemania haber agotado previamente la vía administrativa para poder acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.¹²⁷

La vía residual opera, en concreto, de la siguiente forma para cada una de las acciones:

- a) La acción prestacional general no es viable si la pretensión puede hacerse valer por las vías de la anulación o de obligación.¹²⁸

¹²³ Ley de la Justicia administrativa Alemana, ABERASTURY Pedro, Coordinador, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 157. En tales términos, en la acción de anulación se requiere que se haya agotado previamente la vía administrativa mediante la interposición del recurso administrativo (*Widerspruch*). Este requisito es considerado una de las típicas condiciones de admisibilidad. Ver, GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, p. 194.

¹²⁴ Entre otras, se destacan: procedencia de jurisdicción, competencia objetiva y territorial, capacidad procesal, representación, legitimación para las acciones de anulación y obligación-, adecuación del *petitium* con la naturaleza de la acción.

¹²⁵ Al respecto, no cabe asimilar este instituto al de la “legitimación”. Ver, P. Bull, “*Allegemeines Verwaltungsrecht*”, Heidelberg, 1986, pág. 305, citado en GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 189 y nota N° 6.

¹²⁶ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, p. 190.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Cuando el demandante plantea una acción obligacional, ejercita una pretensión a una prestación que la Administración concederá por acto administrativo, y no dirige su acción a la impugnación de un acto, ya que la resolución administrativa de denegación ilegal de un acto requerido no tiene contenido regulativo o contenido jurídico material. Como ejemplo se da el caso de quien pide una licencia de construcción y esta se deniega por la Administración. En este caso el Tribunal se centra en si corresponde al ciudadano el derecho que invoca (de edificar); si lo tiene, estima la demanda y la sentencia contendrá una orden, condena u obligación frente a la Administración para que cumpla el mandato judicial de actuar

b) Las acciones de anulación y de obligación¹²⁹ no son viables si el derecho del demandante puede resarcirse por medio de un recurso en vía administrativa que constituye, a priori, un medio más sencillo e inmediato de resolver el litigio¹³⁰.

c) En las acciones declarativas (al igual que la prestacional general), si el demandante antes de acceder a la garantía judicial, acude a la Administración, por lo general se exige que el sujeto para acreditar la necesidad de protección jurídica presente ante la Administración un escrito requiriendo la prestación o declaración de la situación¹³¹. En concreto, no se trata de un recurso sino de un escrito de iniciación de un procedimiento administrativo que presupone una denegatoria¹³².

7.3 LA VÍA ADMINISTRATIVA (VORVERFAHREN) COMO PRESUPUESTO PROCESAL PARA EL EJERCICIO ANTE LOS TRIBUNALES DE LAS ACCIONES DE ANULACIÓN Y OBLIGACIÓN¹³³

Al igual que sucede en el derecho francés, en Alemania no se postula como obligación general la vía administrativa previa para plantear una demanda ante los Tribunales.

en el sentido determinado por el Tribunal: que conceda la licencia en el caso. El valor de la resolución administrativa de denegación de la prestación es meramente procesal, a efectos de computar el plazo para la presentación de la acción obligacional. Ver GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 192 y 193.

¹²⁹ Estas acciones tiene por referencia al acto administrativo. Por la acción de anulación intenta, valga la redundancia, anularlo y la acción de obligación tiene por objeto una prestación que debe ser satisfecha mediante el dictado de un acto administrativo. Ver, BEDEL H., Zum Verhältnis von Afechtungs- und verpflichtungsklage, MDR, 75, p. 97, citado en GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 191. Sin embargo, esta concepción de la acción prestacional (o de condena) no está diseñada a los efectos de construir un acto administrativo que impugnar y así comenzar una acción de anulación. El contrario, aquí el sujeto ejercita la pretensión a que se obligue a la autoridad administrativa a dictar un acto, de modo que "...éste no es lo que se impugna, sino lo que se pide se dicte como condena y por tanto que la sentencia tampoco presupone la declaración de anulación de la resolución denegatoria de la prestación". Ver GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 193.

¹³⁰ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 190.

¹³¹ En nuestro sistema procesal nacional, esto se denomina reclamo administrativo previo. En la justicia alemana, la resolución que deniega la prestación sólo cumple un rol procesal para comenzar a computar el plazo para presentar la acción obligacional. Ver, GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 193.

¹³² GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 190, nota 10 y p. 379. Aquí podría decirse que este escrito de iniciación del procedimiento <<Antrag auf Vornahme>> constituye lo que se requiere en Francia para obtener la "decisión previa" <<décision préalable>>. Sobre esta regla, ver nota 1.

¹³³ Este postulado es desarrollado en GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 376 a 380.

Sin embargo, se admite que las leyes (al igual que en el derecho francés¹³⁴ y en nuestro país¹³⁵) establezcan expresamente una vía administrativa previa¹³⁶. También en otros casos, las leyes pueden establecer expresamente su innecesariedad¹³⁷. Sin embargo, como ya lo expusimos, el agotamiento de la vía se exige en la acción de anulación o de obligación (no se exige respecto de la acción prestacional general o declarativa)¹³⁸.

Se entiende que la vía administrativa previa dota de peculiaridad al proceso contencioso-administrativo frente al proceso civil, no obstante guarda semejanzas con las diligencias previas del proceso penal, a cuya práctica se condiciona la interposición de la acción pública y el <<vorverfahren>> (vía administrativa) es una parte del procedimiento administrativo, no del proceso contencioso-administrativo.

En tal sentido, también se pone de relieve que la vía administrativa previa tiene relación con el &608 de la LEC la conciliación previa para asuntos matrimoniales que constituye la antesala del proceso civil¹³⁹.

La característica fundamental de la vía administrativa previa, en suma, requiere que el demandante previamente debe interponer un recurso administrativo ante la autoridad que dictó el acto solicitando se anule en vía administrativa cuando considera que la perjudica (&68.1).

En cuanto a la acción de obligación, debe el demandante presentar un recurso previo en vía administrativa pidiendo a la Administración que dicte el acto que solicitó en su escrito de iniciación del procedimiento (*Antrag auf Vornahme*) y que fue denegado por ella (&68.2).

Ello no obstante, para la acción por inactividad (especie dentro del género de acción de obligación) no se prescribe la vía administrativa previa (&75.1¹⁴⁰).

Ahora bien, ¿Qué acontece cuando se presenta la demanda y no se agotó la vía administrativa?

En este caso, se admite la subsanación tras la presentación de la

¹³⁴ Aunque en Alemania, cuando menos de la bibliografía que hemos consultado, no se admite que los recursos previos obligatorios provengan del ejercicio del poder reglamentario de la Administración.

¹³⁵ En el fallo "Serra" la Corte Suprema de Justicia admitió expresamente la posibilidad de que el legislador establezca mecanismos obligatorios previos. Ver CSJN, "Serra, Fernando H. c/ MCBA", LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93, considerando 7°.

¹³⁶ Por ejemplo, el caso del & 126.3.1 de la Ley de bases de la función pública de 27 de febrero de 1985, que constituye una excepción al régimen procesal de la acción prestacional general al instaurar una vía administrativa previa obligatoria. También se trae a colación el &8.1 de la Ley de ejecución (de la Ljca) de Bremen de 15 de marzo de 1968 o el 126.3.1 de la Ley de Bases de la función pública de 1985. Ver GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 378 nota n° 49.

¹³⁷ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 378.

¹³⁸ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 376.

¹³⁹ Ídem, p. 378 y 379.

¹⁴⁰ Este artículo regula el silencio de la autoridad administrativa. Prescribe, en lo que a nosotros nos interesa, que: "Si no se ha decidido sobre un recurso administrativo previo o sobre la solicitud de emitir un acto administrativo sin suficiente fundamentación en el plazo adecuado, se admite la acción prescindiendo del artículo 68". Ver, Ley de la Justicia administrativa Alemana, ABERASTURY Pedro, Coordinador, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 160.

demanda, teniendo que interponerse el recurso ante la Administración antes de proseguir la demanda. Si no se cumple este requisito, se declara inadmisibile¹⁴¹.

7.4 EXCEPCIONES AL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN LAS ACCIONES OBLIGACIONALES Y DE ANULACIÓN

Si partimos de la base de que en Alemania se le asigna valor constitucional al artículo 68 de la ley de justicia administrativa, entonces no existe una oposición directa y palmaria entre la existencia de una vía administrativa obligatoria previa y el derecho de acceso a la justicia. Es decir, el acceso a los tribunales no necesariamente debe manifestarse de modo inmediato <<*sofort und unmitelbar*>>. Tan sólo se debe poder acceder a los tribunales¹⁴².

En similar sentido, en Italia¹⁴³ se ha interpretado que el artículo 113 de la Constitución Italiana¹⁴⁴ no exige que el ciudadano pueda conseguir la protección judicial siempre de la misma manera y con los mismos efectos. Así, no puede excluirse que la ley ordinaria regule el modo concreto de ejercicio del derecho a la tutela judicial, siempre que no se establezcan fórmulas que hagan imposible o difícil el ejercicio del mismo.

Razonamiento análogo se encuentra presente en el fallo “Serra” de la C.S.J.N cuando se afirma que nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, aunque “sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción”¹⁴⁵.

¹⁴¹ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 380.

¹⁴² GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 377 y 378. Esta cuestión a nuestro entender, deviene de imprescindible ponderación. La modulación razonable de un derecho, bajo ningún punto de vista puede ser desconocida o negada so pretexto de que una categoría ha sido manifiestamente nociva en la práctica.

¹⁴³ En este país, por regla, no se requiere agotamiento de la vía administrativa aunque se admite que el legislador puede consagrar excepciones. Ver, CASSARINO, S., Los recursos administrativos en el Derecho italiano, «DA», 221 (1990), p. 39 y ss y BIANCHI, Alberto, Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad ¿A quién protege el procedimiento administrativo?, en Cuestiones de procedimiento administrativo, Jornadas de la Universidad Austral, p. 866.

¹⁴⁴ Establece el texto constitucional: “Contra los actos de la Administración Pública se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa. Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a particulares medios de impugnación o para determinadas categorías de actos. La ley determina qué órganos judiciales pueden anular los actos de la Administración Pública en los casos y con los efectos previstos en la misma”.

¹⁴⁵ Textualmente afirmó el tribunal: “De todas formas, cabe señalar, nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción -habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la instancia administrativa, integrada con el plazo de caducidad de la acción o recurso de que se trate- que pretenden asegurar que sea la misma administración -también positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa- quien resuelva sus conflictos jurídicos, cumpliendo así con un aspecto necesario de su competencia constitucional de administrar conforme con el mismo ordenamiento, y que el cuestionamiento judicial de los actos administrativos no lleve -por la natural extensión de los plazos de prescripción- a la inseguridad de la efectiva ejecución de los cometidos administrativos”. Ver, CSJN, “Serra, Fernando H. c/ MCBA”, LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93, considerando 14°.

Ahora bien, en Alemania las excepciones al agotamiento (en las acciones obligacionales y de anulación) están subordinadas a la inexistencia o imposibilidad de que la vía administrativa pueda cumplir con los siguientes efectos:

- a) Una mayor protección de los derechos de los particulares, toda vez que éstos tienen más posibilidades para enjuiciar o poner en crisis y revisar la oportunidad del acto administrativo, circunstancia que a priori estaría vedada para los Tribunales judiciales¹⁴⁶.
- b) Que se pueda ejercer un autocontrol administrativo (ya que la autoridad que dictó el acto o su superior puede corregirlo);
- c) Que se produzca una descarga del trabajo de los Tribunales. El “efecto-filtro” al que se hizo referencia en el punto III del presente. En suma, *no* se debe agotar la vía cuando alguno de estos tres fines no se presenten¹⁴⁷.
Ello no obstante, otros supuestos son concebidos a efectos de eximir al particular para que agote la vía administrativa:
- d) La especial cualificación técnica de las altas autoridades administrativas;
- e) Cuando se configure un “retraso inútil” en la efectividad de la protección de los derechos de los particulares;
- f) Cuando un tercero demandante resulta lesionado en sus derechos por la resolución de un recurso administrativo¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Ver, MUTUIS, Das Widerpruchverfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Studium und Examen, pág. 154 y siguientes, citado en GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. 377. Esta afirmación, requiere de un examen detallado que escapa por completo a nuestro cometido. No obstante, nuestro punto de partida (en una síntesis extrema) es el siguiente: aún cuando la llamada “división de poderes” debe ser abordada (y redefinida en muchos aspectos) con profundidad (ya que su formulación histórica no se ajusta a la complejidad de los estados modernos), conserva, sin embargo, un eje cardinal: si la justicia administrativa tiene como misión esencial tener la última palabra en cuanto al derecho, ello no implica que su rol sea fungible en un todo con las otras dos funciones ejercidas por los dos otros “poderes” –órganos en sentido estricto-. Producto de una concepción radical, quienes tienen una visión extrema acerca del rol del juez (esto se cristaliza en el llamado “gobierno de jueces”), muchas veces soslayan esta cuestión que se presenta como fundamental en nuestro estado de derecho. El desafío en este siglo XXI, radica en determinar y redefinir las bases que permitan comenzar a desgranar los dos ejes por los que transita la discusión: los límites del derecho y los límites de la política. No se puede dudar de que existen zonas (pequeñas) en las que el juez no cuenta con elementos para equilibrar los bienes en juego. Estas parcelas, que se han reducido drásticamente a partir de la segunda mitad del siglo XX, no pueden desaparecer. Por el contrario, se debe buscar mecanismos para que cada poder conserve un núcleo de responsabilidad y exclusividad. No se puede admitir que so pretexto de un ejercicio abusivo, arbitrario e ilegítimo se invada ese mínimo espectro y se sustituya un criterio (el de la administración) por otro (el del juez). No son las mismas responsabilidades ni tampoco tienen por objeto los mismos cometidos. De ahí que no pueden ser fungibles ambas funciones. Esta conclusión, bajo ningún punto de vista pretende cercenar o minimizar el cambio de paradigma que ha operado en cuanto al rol de la justicia administrativa. Como no es objeto de este estudio abordar esta problemática, remitimos al lector al epicentro en donde se desarrolla esta “batalla” dogmática y jurisprudencial: la llamada “discrecionalidad” y los denominados “actos de políticos o gobierno”.

¹⁴⁷ GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, p. p. 378.

¹⁴⁸ En este aspecto, lo que se entiende es que no se requiere que la Administración vuelva a enjuiciar el expediente. Así, el demandante no es el sujeto que interpuso el recurso administrativo, sin embargo es un afectado por la resolución administrativa de aquél. En estos términos, el objeto de la demandada es la resolución del recurso (&68.1.2 en relación con el 79.1.2) y NO el acto administrativo impugnado por el

8. BREVES REFERENCIAS ACERCA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA¹⁴⁹

La Corte Suprema de justicia ha establecido en varios precedentes diversos fundamentos que justifican la constitucionalidad del agotamiento de la vía. En célebre caso “Serra”¹⁵⁰ y al igual que en los restantes países analizados, nuestro máximo tribunal admitió la posibilidad de que el legislador module y establezca mecanismos obligatorios previos al acceso a la justicia¹⁵¹.

Específicamente, al tratar los plazos de caducidad (ver considerando 7°)¹⁵², el máximo tribunal desarrolló una línea argumental que se plasmó en los considerandos 7° a 17°.

Muy sintéticamente, el derrotero conceptual transcurrió por los siguientes ejes:

- a) Los plazos de caducidad previstos para la habilitación de la instancia constituyen una prerrogativa propia de la Administración Pública¹⁵³;
- b) Como consecuencia de uno de los postulados del Estado de derecho, la división de poderes¹⁵⁴, la Corte entendió que la demandabilidad del Estado exige conciliar: 1) el ejercicio de sus funciones no sea afectado por las demandas de los particulares; 2) que las garantías de los habitantes no sean, tampoco menoscabadas por privilegios que se tornen írritos a la luz del texto constitucional¹⁵⁵;
- c) En este contexto, el “régimen exorbitante del derecho privado”¹⁵⁶ da sustento jurídico a la institución de los plazos de caducidad. Estos se justifican por la necesidad de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos¹⁵⁷;

recurso administrativo que es la regla general. La doctrina, entiende aquí que la referencia al daño originario o por primera vez, se refiere cualquier tipo de perjuicio en los derechos del tercero demandante.

¹⁴⁹ Un análisis exhaustivo sobre la tendencia jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia puede verse en AGUILAR VALDEZ, O. R., El agotamiento de la vía administrativa, p. 640 a 651.

¹⁵⁰ En este fallo se articuló una queja (por recurso extraordinario denegado) contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que revocó la decisión de primera instancia que había declarado la caducidad respecto de la demanda de cobro de honorarios por dirección e inspección de una obra contratada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y no ejecutada. Ver, CSJN, “Serra, Fernando H. c/ MCBA”, LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93.

¹⁵¹ Expresamente sostuvo el Tribunal: “...la posibilidad de habilitar la competencia de la rama judicial del gobierno para revisar la validez de los actos emanados del Poder Ejecutivo y de los que -con la propiedad de “causar estado”, por cerrar la discusión en sede administrativa- emanan de los órganos y entes que se le subordinan, salvo los casos de excepción también establecidos por el legislador”. Ver, CSJN, “Serra, Fernando H. c/ MCBA”, LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93, considerando 7°.

¹⁵² Se refirió a los plazos de caducidad previstos para la habilitación de la instancia contencioso-administrativa en los arts. 25 de la ley nacional de procedimientos administrativos y 100 de la ley orgánica municipal número 19.987.

¹⁵³ Considerando 7°.

¹⁵⁴ El otro que destacó el fallo es el acceso a la Justicia. Ver CSJN, “Serra, Fernando H. c/ MCBA”, LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93, considerando 7°.

¹⁵⁵ Considerando 8°.

¹⁵⁶ Ver Fallos 308:731.

¹⁵⁷ Considerando 9°. Aquí la Corte destacó que esos dos extremos -prerrogativa estatal y garantías del particular-, encuentren su armónico equilibrio constitucional.

- d) A partir de una interpretación del artículo 100 de la Constitución nacional, se afirma que la intervención judicial "...queda excluida en aquellas materias que, por su propio mandato o por una razonable opción legislativa, han sido reservadas a los otros máximos órganos del Poder estatal"¹⁵⁸;
- e) Como consecuencia, cuando se opera la caducidad de la instancia procesal administrativa, "...la cuestión queda incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes y sustraída al conocimiento del órgano jurisdiccional"¹⁵⁹;
- d) Sobre esta base se concluye que resulta necesario que el acto administrativo agote *prima facie* la vía impugnatoria en sede administrativa a través de su estructura orgánica jerárquica¹⁶⁰;
- e) En tales términos, la actuación del Poder Judicial en situaciones donde se produjo la caducidad de la acción procesal administrativa, violaría el principio de la división de poderes¹⁶¹;
- f) El legislador puede ejercer una opción interpretativa de la Constitución Nacional, que merece una actitud deferente por parte del Poder Judicial¹⁶²;
- g) En suma, aunque la propia Corte reconoce la interpretación restrictiva de estos postulados, entiende razonable (bajo la idea directriz de la división de poderes) esta modulación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁶³;
- h) La prerrogativa del agotamiento de la vía administrativa pueda ser renunciada por ella expresa o tácitamente¹⁶⁴. Asimismo, puede ser aplicada "sólo y estrictamente a aquellos casos en que la pretensión hecha valer en la acción o recurso intentado se dirija principalmente a hacer cesar la "nueva situación jurídica" que emane del acto administrativo o bien, que "precise de la declaración de invalidez del acto" - esto es, hacer caer su presunción de legitimidad - para posibilitar, así, la procedencia de la acción que dicha presunción obstaculiza"¹⁶⁵.

Con posterioridad, en la causa "*Unión Obrera Metalúrgica*"¹⁶⁶ la Corte volvió a afirmar la "*zona de reserva de la Administración*"¹⁶⁷ y en "*Gorordo*" se refirió a la imposibilidad de que el poder judicial revise cuándo operó el vencimiento del plazo para

¹⁵⁸ Considerando 10°.

¹⁵⁹ Considerando 11°.

¹⁶⁰ Considerando 12°.

¹⁶¹ Considerando 13°.

¹⁶² Considerando 14°. La Corte cita la doctrina que surge de Fallos 33:162 y hace referencia a la doctrina norteamericana. En concreto se alude a SCHWARTZ, Bernard: "Administrative Law", Ed. Little, 2ª ed., parág. 8.3., pp. 439 y sigtes., "*Brown and Company*", Boston, 1984.

¹⁶³ Considerando 16°.

¹⁶⁴ La Corte evocó a la doctrina que emana de Fallos 313:228 y causa C.160.XXIII "Construcciones Taddia S.A. c. Estado nacional -Ministerio de Educación y Justicia- s/ cobro", sentencia del 6 de octubre de 1992). Ver, CSJN, "Serra, Fernando H. c/ MCBA", LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93, considerando 17°.

¹⁶⁵ Considerando 17°.

¹⁶⁶ Fallos 319:371 (1996).

¹⁶⁷ Tal como lo había hecho en el Considerando 11° del precitado fallo "Serra".

recurrir en sede administrativa¹⁶⁸.

Sin detenernos con mayor profundidad en el *iter* de la CSJN, en líneas generales podríamos afirmar que la jurisprudencia ha precisado las siguientes pautas:

- a) Las resoluciones son impugnables previo agotamiento de la instancia administrativa por medio de los recursos administrativos¹⁶⁹;
- b) Si no se utilizan los recursos administrativos, las resoluciones quedarán firmes aun cuando se hubiese planteado y resuelto una denuncia de ilegitimidad¹⁷⁰ o se hubiese deducido un reclamo¹⁷¹, toda vez que los plazos recursivos una vez transcurridos no se reestablecen¹⁷².
- c) Se descartó la posibilidad de replantear por vía de reclamo, las cuestiones introducidas y desestimadas en la fase de impugnación recursiva ante la Administración. Se considera que los actos no impugnados judicialmente en el plazo del Artículo 25 de la LNPA devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada¹⁷³;
- d) El principio de congruencia entre los hechos y el derecho planteado en sede administrativa y los articulados en el proceso se han extendido a la vía impugnativa¹⁷⁴.

9. LOS EMBATES DOCTRINARIOS CONTRA EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO REGLA

En este último tiempo, la doctrina ha comenzado a desgranar y profundizar una institución que lleva en su germen el contenido inserto en el artículo 18 de la Constitución nacional: la denominada “tutela administrativa efectiva”¹⁷⁵. Como escapa por completo a nuestro cometido ahondar en esta temática, lo cierto es que esta noción impacta de lleno en el instituto del agotamiento de la vía administrativa.

¹⁶⁸ Fallos 322:73 (1999), especialmente considerandos 12 y 13. Ello aún cuando la Administración hubiese rechazado la denuncia de ilegitimidad por razones materiales de fondo. Ver asimismo AGUILAR VALDEZ, O. R., El agotamiento de la vía administrativa, p. 642.

¹⁶⁹ Fallos: 301:197.

¹⁷⁰ CSJN, “Gorordo”, sentencia del 4-2-1999.

¹⁷¹ Ver, Cám. Fed. Cont. Adm., Sala I, “Valdrami”, ED 112-409.

¹⁷² Ver, doctrina que emana de Fallos: 310:2709 y 315:2217.

¹⁷³ Ver, Fallos: 319:1476.

¹⁷⁴ Ver, Fallos: 312:103.

¹⁷⁵ Se invocan los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8° y 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°, inc. 3°, aparts. a) y b), y 14, inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como plexo normativo que resguarda esta garantía. Ver, GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, JUSTO Juan Bautista (Colaborador), Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, ver p. 101. Este autor, asimismo, entiende que la “...tutela administrativa efectiva debe ser entendida como un principio sustancial del obrar estatal de acuerdo con el cual es deber (jurídicamente exigible) de la Administración Pública asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita”. Ídem, p. 103.

Esta última regla ha sido objeto de numerosos embates¹⁷⁶. Entre las variadas posturas que postulan su eliminación, se encuentran algunas versiones radicales^{177/178}. Entre otros argumentos, se afirma que el proceso administrativo no constituye un juicio al acto administrativo. Que la contienda “contencioso administrativa” es un proceso judicial más, diferenciado sólo por la materia. Se concluye, en tales términos, que debe imperar el carácter meramente voluntario de los recursos administrativos¹⁷⁹.

De forma tajante se alega que si no existe más el acto previo “...es de una absoluta incongruencia pretender la existencia de un acto que ‘agote la instancia administrativa’ (...) ya que no hay una instancia que agotar”¹⁸⁰.

Dejando de lado estas argumentaciones extremas, sí nos parece preciso ahondar en la reciente interpretación doctrinal que manifiesta, con fundados y sólidos argumentos (cuya plataforma básica se asienta en la jurisprudencia de la CDHI), el carácter optativo de los recursos administrativos como regla (en lo que se refiere, claro está, al sistema de impugnación administrativa)¹⁸¹.

Se plantea que los recursos son una garantía para la persona y no un privilegio del Estado para demorar la habilitación de la instancia judicial. Se afirma en tal sentido: “Entender al recurso como garantía trastoca toda su construcción, especialmente su obligatoriedad”¹⁸². Por ello se asevera que el recurso administrativo no puede ser entendido como un privilegio para evitar que la Administración sea

¹⁷⁶ ABERASTURY con acierto se refiere a los “desbordes producidos en la interpretación del agotamiento de la vía administrativa”. Ver, ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, p. 150 y 151. Este autor entiende que lo que se critica al sistema no es el tránsito en sí mismo sino la pérdida del derecho que ocasiona su no tránsito o su tránsito indebido. Ídem, p. 149. Como luego veremos, la exigencia de un trámite obligatorio, sólo retarda el acceso a la justicia. Pero si se ajusta el sistema (el retardo estaría justificado), no podría darse la hipótesis de que un tránsito indebido lo vede.

¹⁷⁷ Entre muchos otros, ver HUTCHINSON Tomás en “El recurso administrativo previo como mera traba ritualista para impedir el acceso a la Justicia (La deformación jurisprudencial de un sistema legislativo administrativo)”, ED, 124:1 y el mismo autor en “Mitos y realidades en el derecho administrativo argentino”, LA LEY, 1989-C, págs. 1071 y siguientes; ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 146 y ss.; D' ARGENIO Inés, *La justicia administrativa en Argentina*, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2006, p. 65 y ss. Esta última autora postula la “...superación de la interpretación judicial de las expresiones legales referidas al agotamiento de la vía administrativa previa a la promoción de la demandada judicial. Porque si el procedimiento administrativo está impuesto a la administración como requisito esencial para el desarrollo de la actividad administrativa y respecto del particular sólo asegura la facultad de su participación en defensa de sus derechos, no puede imponérsele al particular el desarrollo de un procedimiento administrativo previo a su acceso a la justicia”. Ídem, p. 34 y 35.

¹⁷⁸ Ver al respecto GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo “, Fundación de de Derecho Administrativo, 8º edición, capítulo XIII, punto 3.1.3, 4 y 5, p. XIII-9 a XIII-15 y GARCÍASANZ, Agustín M., “El Fuero Contencioso-Administrativo bonaerense en camino a la Corte Suprema que: “¿Será Justicia?” LL, 2003-E, 277.

¹⁷⁹ D' ARGENIO Inés, *La justicia administrativa en Argentina*, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2006, p. 65.

¹⁸⁰ D' ARGENIO Inés, *La justicia administrativa en Argentina*, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2006, p. 65.

¹⁸¹ Ver, GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, JUSTO Juan Bautista (Colaborador), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, p. 222 a 232.

¹⁸² También afirma que el artículo 25 de la Convención Americana consagra como mínimo la protección ante los jueces. Ver GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, JUSTO Juan Bautista (Colaborador), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, p. 222.

demandada directamente, sino como una garantía¹⁸³.

En esta lectura: “Es el afectado quien decidirá si instar la petición administrativa le reporta una solución más eficaz, pero la falta de ejercicio de esa opción no puede comprometer la tutela mínima, esto es, la judicial”¹⁸⁴. Por tanto: “Un recurso administrativo no debe servir para impedir la llegada al juez, sino para hacerla innecesaria, y eso se logra si el recurso ofrece garantías de efectividad”¹⁸⁵.

Luego se afirma que:

“El recurso administrativo debe -desde su faz preventiva- ser más eficaz en la protección que el propio recurso judicial, en tanto configura un plus sobre el piso mínimo de la tutela judicial efectiva. Por ello, los requisitos del art. 25 deben ser más enfáticamente aplicados respecto del primero. Si esos requisitos no se cumplen, no sólo el recurso administrativo no es obligatorio, sino que se habrá configurado una violación al principio de tutela administrativa efectiva que deberá ser conjurado por medio de la protección judicial contra la violación”¹⁸⁶.

Por otra parte, se plantea que el recurso (los medios administrativos de impugnación) deben satisfacer los estándares de sencillez, rapidez y efectividad para ser válidos. En este sentido, se acude a los “patrones” que la jurisprudencia de la Corte Interamericana concibe en torno a los recursos judiciales¹⁸⁷.

Sucintamente, ellos determinan -desde esta óptica- que los recursos: a) deben ser efectivos¹⁸⁸; b) idóneos¹⁸⁹ o útiles¹⁹⁰ y c) que se ajusten al debido proceso legal¹⁹¹.

Sobre esta plataforma argumental, se concibe que:

“...el recurso -en tanto medio de protección o garantía- debe ser

¹⁸³ Afirma GUTIÉRREZ COLANTUONO en tal sentido: “Entender al recurso administrativo como una garantía y no como una exigencia conlleva cambios sustanciales en el modo de aproximarse al sistema administrativo de impugnaciones”. *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ídem*, p. 227.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ídem*, p. 222 y 223.

¹⁸⁸ No se consideran efectivos los recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Esto puede ocurrir, por ejemplo cuando la inutilidad haya quedado demostrada por la práctica. Entre otras posibilidades, ello puede configurarse por un retardo injustificado en la decisión. *Ídem*, p. 223 con cita del caso CDHI, Aguado Alfaro y otros, párrs. 124 y ss., entre otros.

¹⁸⁹ Se habla de la idoneidad para combatir una violación a los derechos. *Ídem*, p. 223.

¹⁹⁰ *Ídem*, p. 227. Los parámetros para configurar la utilidad, según GUTIÉRREZ COLANTUONO, deben ser los que emergen de la categoría conocida como “plazo razonable”. Para apreciar el desarrollo e impacto de la garantía del plazo razonable en el derecho comunitario (particularmente en Francia) ver Grandes decisiones del Consejo de Estado Francés. Comentario al arrêt CE, Asamblea, 28 de junio de 2002, *Ministre de la Justice c. Magiera*, GALLEGOS FEDRIANI, Pablo y CORVALÁN Juan Gustavo, La problemática del plazo razonable en el derecho administrativo (A propósito de la vigencia del Artículo 6°, &1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), y en el derecho comunitario, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 384, p. 143 a 161.

¹⁹¹ *Ídem*, p. 223.

optativo para el ciudadano. No puede imponerse su utilización como un requisito de acceso a la protección judicial. La obligatoriedad del recurso como límite de acceso a la justicia implica infringir el art. 29, a) de la Convención Americana, en tanto se interpreta una garantía (recurso administrativo efectivo) para desconocer otra garantía (recurso judicial efectivo) (...) la obligación de interponer un recurso administrativo como impedimento para el acceso a la Justicia (...) vulnera el art. 25 de la Convención desde el prisma de la tutela administrativa efectiva. Al dotarse el recurso de obligatoriedad, este deja de funcionar como una garantía para convertirse en una restricción¹⁹².

En definitiva, la postura que venimos comentado concluye que:

“...entender el recurso como un impedimento de acceso al control judicial viola el principio *pro homine*: de los institutos creados para proteger los derechos no se pueden derivar interpretaciones contrarias a esos derechos y favorables al poder estatal. Del control judicial no puede deducirse la posibilidad de violar garantías en el procedimiento y del procedimiento no puede deducirse la imposibilidad de acceso a la justicia¹⁹³”.

Con sustento en el plexo argumental precedentemente expuesto, se sostiene que el recaudo de agotamiento de la vía administrativa debe ser excepcional y no como regla para el acceso a la Justicia¹⁹⁴.

Este postulado se reafirma en esta lectura, sobre la base jurisprudencial que emana de la Corte Interamericana: “Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia debe entenderse contraria al precitado art. 8.1 de la Convención¹⁹⁵”.

La doctrina que venimos comentando entiende que, la afirmación “dificultar de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales”, debe ser abordada desde dos ángulos. Primero, respecto de su aplicación a los presupuestos de la acción procesal administrativa. Segundo, desde las razonables necesidades de la propia administración de justicia¹⁹⁶.

El abordaje de sendos planos, es realizado teniendo en cuenta las siguientes pautas:

a) no se deben imponer exigencias que conlleven un plus sobre las propias del funcionamiento del Poder Judicial (por ejemplo, el patrocinio letrado); b) las restricciones deben justificarse en las necesidades

¹⁹² Ídem, p. 228.

¹⁹³ Ibídem.

¹⁹⁴ El desarrollo de este postulado puede verse en Ídem, p. 231 y 232.

¹⁹⁵ Ídem, p. 231 con cita, entre otros de Tiu Tojín v. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas, 26/11/2008, párr. 95.

¹⁹⁶ Ibídem.

razonables de la propia administración de justicia, en aquellas que tienden a facilitar el juicio y el derecho de defensa¹⁹⁷.

Esta base argumental justifica la siguiente afirmación:

“...el agotamiento de la vía administrativa establecido en forma indiscriminada como requisito obligatorio de habilitación de la instancia judicial para todos los casos configura una medida del orden interno que dificulta el acceso de los individuos a los tribunales sin encontrarse justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, violando -en consecuencia- el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica”¹⁹⁸.

La excepción a esta regla, -desde esta postura- puede ser fijada excepcionalmente siempre y cuando se demuestre que ello favorece el desarrollo de los procesos¹⁹⁹.

10. CONCLUSIONES. CRÍTICA Y PROPUESTA. ACCESO IRRESTRICTO Y DIRECTO²⁰⁰ VS. “AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA”. HACIA UNA SUPERACIÓN DE LA ANTINOMIA EN ARAS DE ADOPTAR UN SISTEMA RAZONABLE QUE MODULE EL ACCESO A LA JUSTICIA

10.1 EL NÚCLEO ARGUMENTAL QUE POSTULA LA ELIMINACIÓN DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA COMO REGLA

Aún cuando admitimos que la piedra nodal del sistema que rige las relaciones entre el procedimiento administrativo y el proceso “contencioso administrativo”, viene dada por la eliminación de las barreras que impiden el acceso a la justicia (e imposibilitan una resolución útil), ello no es *per se* incompatible con la existencia de una modulación razonable de la tutela judicial efectiva.

O dicho de otro modo, el hecho de que la categoría de la tutela administrativa efectiva se inserte como un paso más dentro de la búsqueda de la eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos, ello no implica o invalida la posibilidad de que exista una modulación razonable del acceso a la justicia.

Simplemente²⁰¹ *se necesita estructurar un sistema normativo, material y humano*

¹⁹⁷ Ibídem.

¹⁹⁸ Ídem, p. 231 y 232.

¹⁹⁹ Ídem, p. 232. Y se concluye tajante: “No se trata de fijar excepciones al agotamiento de la vía administrativa, sino de lo inverso: excepciones al acceso directo de la instancia judicial”. Ibídem.

²⁰⁰ D’ARGENIO entiende que la justicia administrativa esta signada por el acceso irrestricto y directo aplicable como a cualquier otro ámbito de la Justicia...”. Ver D’ARGENIO Inés, La justicia administrativa en Argentina, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2006, p. 66.

²⁰¹ La formulación es muy simple. Por el contrario, el diseño y la implementación resultan ser una cuestión harto dificultosa y compleja, atento la multiplicidad de factores jurídicos y extra-jurídicos que se requieren.

que armonice ambos postulados.

Para ampliar nuestra postura, necesariamente debemos recapitular y exponer de modo sintético el iter argumental descrito en el punto anterior (ver supra IX).

Primera conclusión: el agotamiento de la vía administrativa (establecido en forma indiscriminada como requisito obligatorio de habilitación de la instancia judicial para todos los casos) configura una medida del orden interno que no se justifica por las razonables necesidades de la propia administración de justicia”.

Los pilares que sustentan la conclusión:

- a) Que el recurso sea una garantía (y no un privilegio) “trastoca” su obligatoriedad. Si no existe la opción, se compromete la tutela mínima (que es la judicial).
- b) El recurso debe ofrecer garantías de efectividad para que no se impida la llegada del juez. Debe ser más eficaz que el propio recurso judicial. Sin embargo se afirma que: “Si esos requisitos no se cumplen, no sólo el recurso administrativo no es obligatorio, sino que se habrá configurado una violación al principio de tutela administrativa efectiva...”
- c) Se busca que los recursos respondan a los estándares de sencillez, rapidez y efectividad. Deben ser efectivos, idóneos o útiles.
- d) La obligatoriedad del recurso es un límite de acceso a la justicia que infringe los artículos 8.1, 25 y 29 a) de la Convención Americana. Ello porque supuestamente interpreta una garantía (recurso administrativo efectivo) para desconocer otra garantía (recurso judicial efectivo) (...) la obligación de interponer un recurso administrativo como impedimento para el acceso a la Justicia (...). Asimismo, la tutela judicial efectiva -en este caso- deja de funcionar como una garantía para convertirse en una restricción”.
- e) La obligatoriedad del recurso viola el principio *pro homine*: de los institutos creados para proteger los derechos no se pueden derivar interpretaciones contrarias a esos derechos y favorables al poder estatal.

Segunda conclusión: la imposición de un recurso obligatorio previo al acceso a la justicia debe ser excepcional

¿Cuándo se configura la excepción?

1): sólo “razonables necesidades de la propia administración de justicia” la justifican.

2): siempre y cuando “se demuestre que ello favorece el desarrollo de los procesos”.

¿Cómo se detectan las razonables necesidades de la propia administración de justicia?

En primer lugar, por vía negativa, se debe verificar que no se impongan exigencias que conlleven un plus sobre las propias del funcionamiento del Poder Judicial (por ejemplo, el patrocinio letrado).

En segundo plano, por vía positiva, las razonables necesidades de la propia administración de justicia serían aquellas que tienden a facilitar el juicio y el derecho de defensa.

10.2 CRÍTICA

Ante todo es importante aclarar que este estudio no se orienta a contrarrestar determinadas posturas. Por el contrario, creemos (siguiendo a SCHOPENHAUER) que "...la controversia es, con frecuencia, útil para las dos partes, como una colisión de cabezas que sirve para rectificar los propios pensamientos y también lograr nuevos puntos de vista"²⁰².

Mucho más aún cuando se trata de arribar a una interpretación acorde a un Estado de derecho en el que debe primar un debate en torno a idea "sobre" idea y no a idea "contra" idea. Como bien ilustra FERRAJOLI, "...la verdad es contingente, relativa y según el estado de los conocimientos y experiencias que son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos"²⁰³.

En suma, "...la historia de la ciencia es siempre una cuestión de tanteos y de tropiezos, y que el error es fecundo en cuanto puede ser el trampolín que permite acercarnos a la verdad"²⁰⁴.

Desde esta plataforma, aún cuando admitimos y destacamos la coherencia teórico-normativa del planteo formulado en el punto que antecede, nos permitimos disentir con las premisas que sustentan las dos conclusiones vertidas en el punto precedente, sin que por ello -a nuestro entender- se quiebre la interpretación hermenéutica del sistema.

Veamos.

En los que respecta a la *primera conclusión, en primer término*, creemos que situar la ecuación en términos de garantía o privilegio, no es una condición necesaria y suficiente para que se comprometa la tutela mínima judicial (ver supra X, A, a).

En *segundo plano*, se debería demostrar que un recurso obligatorio previo como regla, no ofrece garantías de efectividad. Esta circunstancia, cuando menos, relativiza el hecho de arribar a una conclusión contraria²⁰⁵ (ver supra X, A, b).

Es decir, que los diversos factores extrínsecos a la fórmula del agotamiento, impidan la efectividad de un derecho, no necesariamente determina postular su abrogación. Aquí volvemos a nuestras aclaraciones iniciales (ver supra, I). Si bien se comparte que en este esquema normativo diseñado por la LNPA, no se puede establecer como regla recursos obligatorios previos (ciñéndonos estrictamente a las vías impugnativas), ello no invalida el hecho de que propugnemos por reformar el sistema para que la regla pueda cumplir con el objetivo para el cual se justifica²⁰⁶.

²⁰² Ver SCHOPENHAUER, Arthur, El arte de tener razón, trad. De Dionisio Garzón, Edar, Madrid, 2004, p. 67.

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, 2ª ed., Trotta, 1997, p. 50.

²⁰⁴ Ver AFTALIÓN, Enrique R., Delito, tipicidad y analogía, en L. L. Páginas de ayer, Año 6, N° 2, marzo de 2005, p. 30.

²⁰⁵ Evidentemente esto no sucede en la Argentina. Sin embargo, creemos que la solución viene dada por la reformulación del sistema global. Mientras tanto, coincidimos en que el recurso debería ser optativo.

²⁰⁶ Un razonamiento similar ha sido expuesto por MAIRAL. Este autor entiende que: "La obtención de los propósitos que explican este requisito depende no sólo de las normas vigentes en cada país, sino también de la manera como está estructurado y funciona en la práctica el control administrativo. Según que la función se haya encomendado a funcionarios separados o no de la Administración activa, que el análisis se refiera fundamentalmente a los aspectos técnicos respecto de los cuales la Administración

En *tercer término*, si los recursos obligatorios previos respondieran a los estándares de sencillez, rapidez y efectividad y, a su vez se presentaran como medios efectivos, idóneos o útiles, entonces no habría razón alguna para impedir que el legislador los establezca como regla. El punto nodal del esquema, radica en instaurar mecanismos eficaces que permitan, de inmediato, admitir tutela judicial frente a la complejidad, lentitud, ineffectividad, inidoneidad o inutilidad del recurso obligatorio en el caso concreto.

Para que esto se configure en nuestro país, a nivel federal cuando menos, es necesario reformular numerosas instituciones de la LNPA.

Además, no debe perderse de vista que el ordenamiento jurídico brinda al particular herramientas procesales que no contienen obstáculos al acceso a la justicia. Piénsese por ejemplo que la acción de amparo²⁰⁷ puede ser articulada, en ciertos casos, aún sin patrocinio letrado²⁰⁸. Tampoco podemos olvidar las medidas cautelares, los procesos urgentes y las vías de hecho administrativas.

Si prescindimos de estos factores de análisis, la discusión se ubica en términos absolutos y no se advierten los matices.

En *cuarto plano*, y sobre la base de lo expuesto en los párrafos precedentes, este modo de razonar no interpreta una garantía (recurso administrativo efectivo) para desconocer otra (ver, *Supra*, X, A, d). Procuramos que se concilien, en forma razonable, dos garantías a los fines de tutelar mejor los derechos que ambas pretenden asegurar.

No debe perderse de vista que la seguridad jurídica y la correcta ponderación y equilibrio de los derechos y garantías es la pieza clave de un sistema político-jurídico.

En *quinto lugar*, disentimos con la postura que afirma que la obligatoriedad del recurso viola el principio *pro homine*. Así, aún cuando la LNPA se ha volcado por proteger a la Administración²⁰⁹, en realidad la institución conlleva un núcleo que tiende a proteger los derechos. En ello encuentra un patrón común con la “mediación y conciliación” prevista en el derecho civil.

Al respecto, cabe destacar que la Cámara Civil ha puesto énfasis en el hecho de que el establecimiento de un mecanismo obligatorio previo, es un medio (entre otros) que posibilita una prestación de justicia más eficaz y de mejor calidad²¹⁰.

posee una idoneidad especial o se limite a las facetas jurídicas del caso, y, en fin, que la Administración sea escrupulosa en el respeto del derecho de defensa del particular y meticulosa en la recepción de la prueba que éste ofrece y en la confección del expediente, el trámite administrativo será una etapa útil y, a veces, irremplazable de la revisión o servirá sólo para dilatar, cuando no excluir del todo, la hora del control efectivo”. Ver, MARIAL, Héctor, A., Control judicial de la Administración Pública, T. I, p. 305. ABERASTURY.

²⁰⁷ Para apreciar la existencia de esta acción en el mundo, ver, El derecho de amparo en el mundo, FIX-ZAMUDIO Héctor-MAC-GREGOR Eduardo Ferrer (Coordinadores), Porrúa, México, 2006.

²⁰⁸ GARCÍA PULLÉS afirma que instituciones como el amparo actúan como “válvula de escape de eventuales arbitrariedades procedimentales”. Ver, GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, T. 1, p. 405.

²⁰⁹ Coincidimos plenamente con BIANCHI en este aspecto. Ver BIANCHI, Alberto, Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad ¿A quién protege el procedimiento administrativo?, en Cuestiones de procedimiento administrativo, Jornadas de la Universidad Austral, p. 862.

²¹⁰ Afirmó la Sala E en tal sentido: “...aunque es posible que existieran mejores opciones, la ejercida por el legislador fue constitucionalmente válida, toda vez que el medio escogido en vista al logro de un fin legítimo –nada menos que el afianzamiento de la justicia- es razonable, no es discriminatorio y no afecta libertades públicas ni frustra el ejercicio de derechos fundamentales”. Ver, CNCiv, Sala E, 4/6/99, ED, 188-259, citado en GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, T. 1, p. 403.

Como bien afirma GARCÍA PULLÉS, la etapa de mediación implica el otorgamiento de una nueva instancia al demandado para que reflexione sobre su conducta y la corrija o encuentre vías de composición del conflicto²¹¹.

Ahora bien, estos objetivos sólo podrán acaecer, siempre y cuando se desarrolle la instancia obligatoria previa en un campo fértil. En concreto, una Administración eficiente y pendiente de los derechos de los ciudadanos, intentará rever su posición de inmediato cuando advierta que su decisión lesiona derechos o garantías.

Que ello no ocurra, no tiene que ver estrictamente con el foco jurídico-dogmático que justifica la existencia de un mecanismo obligatorio tendiente a solucionar el conflicto antes de que se instaure en sede judicial.

En cuanto a la segunda conclusión a la que hacíamos referencia (ver, supra A), que afirma que la imposición de un recurso obligatorio previo al acceso a la justicia debe ser excepcional, corresponde precisar:

a) los mecanismos previos y alternativos de resolución de conflictos se orientan a satisfacer las “razonables necesidades de la propia administración de justicia”. También responde a este postulado, la posibilidad efectiva y concreta de que, quien tiene a su cargo la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales, tenga la posibilidad de considerar (los argumentos insertos en la impugnación) y eventualmente revisar su accionar. Esta circunstancia, no se vincula estrictamente con un privilegio o prerrogativa, aunque la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria así lo entienden.

En rigor de verdad, lo precedentemente apuntado tiene que ver con la adecuada modulación de un derecho en el marco de un sistema global de protección de derechos y garantías. En este contexto, se busca asimismo la protección de los derechos del propio justiciable y de los cometidos que tiene a su cargo la Administración pública.

Además, como bien ha sido expuesto por la doctrina alemana, también se trata de que el particular obtenga una tutela de mayor amplitud. Existen porciones (aunque mínimas) en donde el juez no tendría la posibilidad de equilibrar los bienes en juego.

Aún la visión más extrema en cuanto al rol del juez, admite en ciertos casos la imposibilidad de que el juez pueda inmiscuirse en funciones que no le son propias. En concreto, como el juez halla su límite en lo jurídico, los argumentos “políticos” no podrían ser revisados en sede judicial y sí en cambio en sede administrativa²¹².

b) Aún cuando no contamos con suficiente base empírica, nos atrevemos a sostener que un recurso obligatorio general previo, siempre y cuando se desarrolle en un sistema idóneo, favorece el desarrollo de los procesos. Para ello se han instaurado mecanismos de conciliación obligatoria y ello no implica el cercenamiento de derechos.

²¹¹ Ver, GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, T. 1, p. 403. Tampoco se nos escapa el hecho de que existen importantes diferencias entre los mecanismos obligatorios previos del derecho civil y los que puedan articularse en el derecho público. Ver al respecto, AGUILAR VALDÉZ, O. R., El agotamiento de la vía administrativa, p. 654 y nota n° 246 y 247.

²¹² Está claro que esta circunstancia también se presenta en el caso de que se configure el recurso administrativo optativo.

Aún cuando la Administración ha gozado de privilegios y prerrogativas cuya justificación, no encuentra hoy en día el debido correlato en el diseño constitucional e internacional, ello no puede llevar las cosas al extremo opuesto. De ser ello así, la Administración tendría menos posibilidades que un particular (en ciertas ramas del derecho) cuando se pretende impugnar una acción o solicitar el cese de una omisión.

c) Las manifestaciones hasta aquí vertidas, no implican que se impongan exigencias que conlleven un plus sobre las propias del funcionamiento del Poder Judicial. Se trata de buscar alternativas que también colaboren para que la justicia pueda tutelar en forma efectiva los derechos.

d) Por último, un recurso obligatorio previo como regla, en un *contexto estructural normativo, material y humano adecuado*, podría facilitar el juicio y el derecho de defensa. De lo contrario, el propio sistema debería contener la válvula que admita, sin dilaciones, el acceso a la justicia.

10.3 CONCLUSIÓN

Ante todo debemos recalcar algunas cuestiones muy saludables.

Primero cabe destacar la sólida y saludable tendencia que brega por incorporar el llamado “elenco de derechos y garantías” que emanan de los tratados internacionales.²¹³ Desde nuestra perspectiva, la gran mayoría de argumentos que abogan por la reformulación de los esquemas tradicionales son certeros y se ajustan al cambio de paradigma que ha operado en los últimos años, en torno a la reformulación del derecho público en general²¹⁴, y del derecho administrativo en particular.

Siguiendo a la moderna tendencia alemana, el derecho administrativo y, concretamente, el procedimiento administrativo²¹⁵ requiere de una revisión profunda de sus categorías clásicas. No olvidemos que los grandes faros del paradigma actual están signados por la vigencia de técnicas que favorezcan la eficiencia²¹⁶ y eficacia²¹⁷ de cara a la consecuente tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Segundo: la consolidación del Estado de Derecho y la transformación del modelo que imperaba hacia mediados del siglo pasado²¹⁸, no debe llevarnos a situar el péndulo

²¹³ En este sentido, nos parece que amén de la divergencia en ciertos aspectos, resulta sumamente importante el estudio de Pablo A. GUTIÉRREZ COLANTUONO.

²¹⁴ Para SUPIOT en el derecho público la idea de una separación horizontal de los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) cedió terreno ante su distribución vertical con la comunitarización y la regionalización. Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Jurídicus*, p. 215.

²¹⁵ Ver SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

²¹⁶ Ver SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 357.

²¹⁷ SUPIOT entiende que el poder ya no se plantea en términos de gobierno soberano sino en términos de “gobernación eficaz”. Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Jurídicus*, p. 212.

²¹⁸ SUPIOT ha destacado con gran acierto que en el final de la “Guerra de treinta años” (1914 a 1945), el poder soberano ha dado paso a una profunda transformación en el plano jurídico. Primero, debido a un retroceso del poder discrecional en beneficio del poder funcional y en un incremento de los controles ejercidos sobre quienes lo detentan. Controles a priori (el aumento considerable de la obligación de motivar) y controles a posteriori (el aumento del papel del juez y los expertos). Así afirma

en el extremo opuesto. Las versiones radicales no son buenas y tampoco llevan a buen puerto. La historia se ha cansado de brindarnos ejemplos de ello.

Ahora bien, en nuestro país advertimos que existe un desfase injustificado en materia de plazos y requisitos que el entramado normativo estructura para el ciudadano y la administración, en lo que se refiere a la relación Administración y Justicia.

En la práctica no puede afirmarse que la administración trata en tiempo y forma los recursos o los reclamos administrativos, o que el derrotero por diversas instancias jerárquicas sea un medio adecuado para obtener un cambio en el parecer de la administración (en la gran mayoría de los casos).

Sin embargo, la realidad pragmática actual, responde en esencia a cuestiones externas y ajenas al instituto analizado (o cuando menos a cierta interpretación de él) y ello no enerva el hecho de que existe un núcleo que justifica la existencia de un mecanismo previo obligatorio para que la Administración conozca y tenga la posibilidad de revisar las acciones u omisiones endilgadas.

Además de los argumentos esbozados en supra B), debemos tener especialmente en cuenta que:

- a) los derechos no son absolutos y el legislador puede configurar en forma razonable su instrumentación²¹⁹.
- b) en la mayoría de las ramas del derecho se configura y modula el acceso a la justicia. Nos referimos a lo que se admite en diversos países y a lo que constituye una realidad en el derecho comparado: las herramientas que perfilan, en ciertos casos y evitan, en otros, los conflictos judiciales.
- c) que no existan conflictos judiciales no constituye la esencia del sistema de protección de derechos. Simplemente, se intenta que los derechos obtengan tutela más adecuada y expedita.

Ahora bien, la cristalización del objetivo que persigue una instancia previa obligatoria, no podrá acaecer si las parcelas o los diversos fragmentos que configuran el procedimiento administrativo y la vía administrativa, están configurados de tal modo que impidan que el eje referido pueda desplegar sus efectos.

Aquí es donde se produce el llamado “agotamiento del administrado” y se concreta la lesión a los derechos del justiciable.

En conclusión, las grandes líneas que hasta aquí hemos volcado, determinan adoptar la siguiente propuesta macro.

- a) estimamos que un reclamo obligatorio (frente a omisiones) y un

textualmente: “El control de los poderes públicos por parte del juez (administrativo, penal, constitucional o comunitario) se ha incrementado, al igual que el campo de las obligaciones de justificación (...) que pesan sobre ellos. Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Jurídicus*, p. 214.

²¹⁹ A nuestro entender, resulta importante evidenciar la proyección del bagaje que emerge del sistema americano de protección de los derechos del hombre. Concretamente, lo que se ha denominado “elementos estructurales del procedimiento administrativo a la luz de las garantías”. Ver, GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, JUSTO Juan Bautista (Colaborador), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, p. 197 a 232.

recurso único²²⁰ (en el caso de impugnaciones de actos)²²¹, sujeto a un plazo perentorio amplio (que podría ser solamente el de prescripción²²²) en el que se respeta la igualdad de armas entre la administración y el ciudadano, no es contrario a la tutela judicial efectiva. Además, este recurso y/o reclamo debe ser resuelto en un plazo máximo de 30 días²²³ para que luego (exista o no una respuesta), sin ningún otro tipo de exigencia, se pueda acudir a la vía judicial.

Por otro lado, y aún cuando se puedan desgranar aún más las diversas y variadas hipótesis, resulta indispensable que, al igual que en Alemania o en los Estados Unidos, el juez interprete y valore la *utilidad* del agotamiento en el caso concreto. Frente a la duda o ante cualquier “retardo injustificado” por *cualquier razón*, se deberá prescindir de agotar la vía. Como bien se ha dicho, la irrestricta vigencia del “ritualismo inútil”²²⁴.

b) se deben realizar importantes modificaciones a nivel normativo²²⁵ (entre otras, el plazo de caducidad, los plazos existentes perentorios, la configuración e interpretación del silencio) en los esquemas generales diseñados por la mayoría de los ordenamientos procedimentales y procesales administrativos en Argentina. También se debe instrumentar un sistema estructural material y humano que cristalice los objetivos de la regla.

²²⁰ BUSTELO ha planteado en términos similares la existencia de un recurso único obligatorio que no esté sujeto a un plazo, salvo el de la prescripción. Ver, BUSTELO, Ernesto, *Materia procesal administrativa: dilemas que origina su correcta determinación*, en *Estudios de derecho administrativo*, X, Dike, Buenos Aires, 2004, p. 323 y 324.

²²¹ O bien una reclamación administrativa previa en términos genéricos (y no en sentido estricto), tal como afirma AGUILAR VALDÉZ. En efecto, este autor propone una reclamación administrativa previa (sin plazo perentorio alguno) como único recaudo para habilitar el acceso a sede judicial. Ver, AGUILAR VALDEZ, O. R., *El agotamiento de la vía administrativa*, en *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I., p. 651. Luego el autor también se pronuncia a favor de que el recurso sea optativo. Ídem, p. 658.

²²² De este modo también se solucionaría el hecho de que no se requiere obligatoriamente la asistencia letrada para obrar en sede administrativa. Ver, ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, p. 152.

Sin embargo, el particular, al igual que acontece en otras ramas del derecho, cuando entienda que sus derechos o garantías podrían verse comprometidos frente a un acto u omisión (del Estado o de los particulares), podrá acudir a un abogado. Al poseer un plazo amplio, se elimina el factor que tornaba inconstitucional la regla. En otros términos, no se puede sostener al mismo tiempo –por un lado- la innecesariedad del patrocinio letrado y –por otro- un plazo exiguo obligatorio para impugnar que, de no perpetrarse, vedará el acceso a la justicia.

²²³ AGUILAR VALDÉZ propone 30 días hábiles para pretensiones de impugnación de actos, y de 60 días en caso de pretensiones no impugnatorias, con producción automática del silencio. Ver, AGUILAR VALDEZ, O. R., *El agotamiento de la vía administrativa*, en *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I., p. 652.

²²⁴ AGUILAR VALDEZ, O. R., *El agotamiento de la vía administrativa*, en *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I., p. 652.

²²⁵ AGUILAR VALDEZ en su excelente estudio ha relevado una serie de propuestas específicas tendientes a generar un “cambio en la orientación de la LNPA”. Ver, AGUILAR VALDEZ, O. R., *El agotamiento de la vía administrativa*, en *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I., p. 651 a 659. También es importante destacar la postura que pretende situar a la denuncia de ilegitimidad como posible solución (a la perentoriedad de los plazos recursivos) en el sistema federal argentino. Ver GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, JUSTO Juan Bautista (Colaborador), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, p. 209 a 214.

Siguiendo a la jurisprudencia francesa, el sistema global que se articule deberá conciliar los dos intereses en juego: 1) las reglas establecidas de los recursos previos obligatorios; 2) el derecho de los administrados al respeto integral de las formas y formalidades que las leyes y los reglamentos han previsto en su beneficio²²⁶.

Ahora bien, frente a la ausencia de un sistema global adecuado, el recurso debe ser optativo. De otro modo, como bien se ha dicho (aunque por un camino diverso) no hay forma de conciliar la regla del agotamiento de la vía administrativa con el derecho a la tutela judicial efectiva. *

Recebido em 17/04/2013
Aprovado em 07/05/2013

²²⁶ Ver, C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, París, Dalloz, 2007, p. 695 a 700. Específicamente, ver punto 8 de las observaciones al fallo “*Houlbreque*” (CE, Secc., 18 de noviembre de 2005, Lebon, p. 513, RFDA 2006, concl. T.-X. Girardot; AJDA 205. 2453, concl. C. Landais y F. Lenica). Ídem, p. 700.

* Artigo resultante de análise de estudo monográfico e resenha.