



**DOCTORADO EN CIENCIAS JURIDICAS**

**Tesis doctoral**

**El control judicial de los actos de la Administración Pública en la legislación  
Argentina**

*“La revisión judicial del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad como  
principio y como derivación del derecho a una tutela judicial efectiva”*

**Candidato: Mariano Lucas Cordeiro**

**Director: Dr. Rodolfo Barra**

**Buenos Aires, abril de 2021**



## **INDICE**

### I. INTRODUCCIÓN

### II. SECCION PRIMERA

Las distintas conductas estatales. Hechos y vías de hecho de la Administración.  
El caso del silencio administrativo. Hacia una definición del acto administrativo. La cuestión práctica.

II.1. Las distintas conductas estatales. Hechos y vías de hecho de la Administración.  
El silencio administrativo.

II.2. Hacia una definición del acto administrativo. La cuestión práctica.

- a) Tesis de Giannini;
- b) Tesis de Mayer:
- c) Tesis de García de Enterría y Fernández:
- d) Tesis de Bielsa:
- e) Tesis de Díez:
- f) Tesis de Marienhoff:
- g) Tesis de Cassagne:
- h) Tesis de Barra:
- i) Tesis de Gordillo:



j) Tesis de Mairal:

k) Tesis de Comadira:

l) Nuestra opinión. La doble dimensión del acto administrativo

II.3 Teoría de la invalidez administrativa. Relaciones entre el derecho público y el derecho privado. El recurso a la “analogía”:

II.4. El cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: de la deferencia al control de convencionalidad

### III. SECCIÓN SEGUNDA

El control judicial de la Administración y el sistema de impugnación de los actos administrativos previsto en Argentina. El sistema francés, el sistema español y el sistema norteamericano. El régimen de impugnación de los actos administrativos en la LNPA. El régimen de la denuncia de ilegitimidad y el control judicial del acto que la resuelve.

III.1. El desafío permanente de articular un sistema de derecho administrativo dentro del sistema constitucional.

III.2. El control de los actos administrativos en Francia

III.3. El control de los actos administrativos en España.

III.4. El control de los actos administrativos en EEUU.

III.4.a) La madurez del acto sujeto a revisión

III.4.b) La doctrina de la jurisdicción primaria



### III.5. El control de los actos administrativos en Argentina

#### III.5.1. El trámite de la habilitación de la instancia judicial

#### III.5.2. El régimen de la denuncia de ilegitimidad.

##### III.5.2.1. Requisitos positivos.

- a) Existencia de un acto administrativo;
- b) Plazo de impugnación vencido;
- c) Legitimación calificada: Invocación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.

##### III.5.2.2. Requisitos negativos.

- a) Seguridad jurídica;
- b) Razonables pautas temporales que hagan presumir el abandono voluntario del derecho.

III.5.2.3. La cuestión central de la denuncia de ilegitimidad: la impugnación judicial del acto que la resuelve.

## IV. SECCIÓN TERCERA

Estado y ordenamiento. Estado como organización y Estado como norma.  
Estado de Derecho. Principios y sistema jurídico.

### IV.1 Estado y ordenamiento.

### IV.2 Principios y sistema jurídico.

### IV.3. La tesis de Dworkin.



IV.4. La tesis de Alexy

IV.5. La tesis de Cassagne. Normas, principios y valores.

IV.6. El principio de la tutela judicial efectiva y su incompatibilidad con el criterio sostenido por la Corte Suprema en el caso “Gorordo”. El test de proporcionalidad.

## V. SECCION CUARTA

El derecho a la tutela judicial efectiva. Su origen histórico. Su evolución en la interpretación en los Tratados internacionales de derechos humanos. Su rango constitucional.

V.1. Los Tratados Internacionales de derechos humanos en la Constitución Nacional. Su impacto jurídico.

V.2. El deber de los Estados de adecuación de la legislación interna a la Constitución y a los tratados de derechos humanos.

V.3. El derecho a la tutela judicial efectiva previsto en los tratados internacionales y su impacto en el proceso administrativo.

## VI. SECCION QUINTA

El rol de los jueces en la definición de un nuevo paradigma

## VII. CONCLUSIONES

## VIII. BIBLIOGRAFIA

## IX. JURISPRUDENCIA



*"Pues a mí me parece que no es ley la que es injusta"*

*Del libre arbitrio, Agustín de Hipona*

## I. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho con acierto que una de las características del derecho administrativo es que se trata de un derecho "en movimiento"; o bien, en su expresión latina, de un "ius in fieri"<sup>1</sup>.

Es claro que no podría ser de otra manera, a poco que se repare en la mutabilidad intrínseca del contenido del interés público que, de acuerdo a las distintas necesidades que plantea la evolución y el desarrollo de las variadas circunstancias que hacen a la vida en sociedad –económicas, políticas y culturales- exige una adaptación

---

<sup>1</sup>Como ha señalado MARIENHOFF, "el derecho administrativo está en plena formación, en plena evolución. Como ciencia hallase en construcción. Esto se advierte examinando cualquiera de sus instituciones fundamentales, por ejemplo, el servicio público, el dominio público, etcétera, cuyas nociones conceptuales y principios correlativos han sufrido profundas transformaciones desde un tiempo a esta parte. Todo eso exprésase diciendo que este derecho es un derecho *in fieri*" (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, T.I, Lexis Nº 2202/001085). En el mismo sentido, este autor cita a JEAN RIVERO: "Droit administratif", nº 25, página 27, París 1962, quien, refiriéndose a esta cuestión, dice que "el derecho administrativo es un derecho joven".



permanente que permita dar respuestas satisfactorias a cada una de ellas. Y ello se produce de manera constante, sin perjuicio de la ideología política que subyace en el accionar propio de cada gestión de turno.

Incluso el propio Código Civil y Comercial de la Nación ha sido modificado contemplando expresamente la evolución y las nuevas necesidades de la sociedad.<sup>2</sup>

Sin embargo, en este contexto, por cierto, esencialmente dinámico, no deja de llamar la atención el mantenimiento de algunas normas jurídicas que permanecen prácticamente inmutables ante el transcurso del tiempo y a la propia evolución jurídica que se ha producido a su alrededor.

En efecto, la ley nacional de procedimientos administrativos (en adelante, LNPA), -ley 19.549- fue sancionada en 1972 –por un gobierno de facto- y continúa rigiendo, con pequeñas modificaciones,<sup>3</sup> en los mismos términos desde hace más de cuarenta años.

Cuesta creer que el transcurso de tantos años, la reforma constitucional de 1994, la incorporación en su texto de Tratados Internacionales con igual jerarquía –en los cuales Argentina se comprometió a compatibilizar su ordenamiento interno para hacer efectivos los derechos allí contenidos-, y los indudables avances tecnológicos

---

<sup>2</sup> Ver por ejemplo, todo lo atinente al régimen del derecho de familia, sociedades, etc.

<sup>3</sup> La mayoría de ellas lejos han estado de favorecer al administrado o de agilizar el trámite del procedimiento administrativo o del proceso judicial.



(casi inimaginables al tiempo de la sanción de la LNPA)<sup>4</sup>, ningún impacto significativo hayan tenido en la norma que regula tanto el procedimiento administrativo<sup>5</sup> como el acceso a la justicia cuando se pretende demandar al Estado.

Tampoco ha merecido una nueva mirada legislativa lo atinente a los plazos que rigen y determinan el procedimiento administrativo, teniendo en cuenta lo significativo y trascendente que aquel resulta en la práctica. Es que, como sostuvo MUÑOZ, *"obtener una decisión administrativa no suele ser tarea fácil. Menos aún, rápida. Pero cuando llega el momento de la impugnación judicial de esos actos pacientemente obtenidos, el tiempo se tensa, se acelera, explota en efímeras caducidades. Después, vuelve a deslizarse pausadamente en el andar moroso y cansino de los trámites judiciales..."*<sup>6</sup>

Así, no debería escapar a la reflexión, que en las normas que rigen el procedimiento administrativo, subyace, en definitiva, el sistema previsto para el control judicial de la Administración, por lo que la falta de una reforma sustantiva que

---

<sup>4</sup> A todo lo cual debiéramos agregar la pandemia mundial generada por el virus Sars-Cov 2 (Covid 19).

<sup>5</sup> En el caso, se entiende el *procedimiento administrativo* como *"la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado"*. (ver COMADIRA, JULIO RODOLFO Y MONTI, LAURA (Colaboradora), *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Concordada*, La Ley, Bs. As., 2007.

<sup>6</sup> GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ, *El enigma de la habilitación de la instancia*, en G MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS Y GRECCO, CARLOS MANUEL, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 578.



modifique ciertas disposiciones o supla algunas omisiones, ciertamente da lugar a suspicacias.

Es que tal desconfianza deriva del propio ejercicio del poder en la gestión del bien común. Cabe aquí recordar lo señalado por WEIL, en cuanto a que *“resulta extraño que el Estado acepte voluntariamente considerarse obligado por la Ley. Está en la naturaleza de las cosas el que un Estado crea, de buena fe, estar investido de poder para decidir discrecionalmente sobre el contenido y las exigencias del interés general. Es necesario que se violente a sí mismo para considerarse obligado a permanecer en los cauces de un derecho que le dicta determinadas formas de conducta y le prohíbe otras.”*<sup>7</sup>

Si sumamos la suspicacia derivada de la falta de modificación del régimen jurídico que rige el procedimiento y el proceso administrativo, a la tensión derivada del referido *auto sometimiento* a la ley –en palabras del citado profesor francés- no debiera extrañar la permanencia de algunos institutos ciertamente reñidos con los nuevos<sup>8</sup> estándares constitucionales, fijados especialmente a partir de la reforma de la Constitución Nacional.

Así, dentro de estos institutos, se encuentra lo atinente a la imposibilidad de revisar judicialmente el acto administrativo que resuelve la denuncia de ilegitimidad.

---

<sup>7</sup>WEIL, PROSPER, *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1985, p. 35

<sup>8</sup> No deja de resultar extraña la referencia a “nuevos” estándares constitucionales si se advierte que ya han transcurrido más de veinticinco años de la reforma constitucional de 1994.



De qué manera ha quedado establecido, como principio y sin norma expresa que así lo disponga, que dicho acto deviene irrevisable, a la luz de lo "expresamente" previsto por la Constitución Nacional en materia de derecho a una tutela judicial y administrativa efectiva, bien vale la investigación, la reflexión, y la eventual confirmación o fijación de nuevos estándares.

Precisamente, entonces, la investigación se enmarca en el sistema previsto en la legislación nacional argentina para controlar los actos de la Administración Pública. Y, en ese contexto, la hipótesis a verificar es la siguiente:

***"La revisión judicial del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad como principio y como derivación del derecho a una tutela judicial efectiva"***

En tal sentido, resulta imprescindible, como primer paso, delimitar el objeto de la investigación que, en el universo de las conductas estatales, está dado por el acto administrativo: en efecto, el Estado (lato sensu) y la Administración (strictu sensu) se expresan a través de distintas y variadas formas que trascienden sus fronteras y se proyectan a las personas. Desde los hechos administrativos y las vías de hecho de la Administración, hasta los actos de alcance general y los actos administrativos de alcance individual (actos administrativos *strictu sensu*). Dado que, en lo que aquí interesa, la legislación atribuye un régimen particular al acto administrativo (previendo también un procedimiento específico para su impugnación), resultará fundamental



precisar el concepto, y sus notas distintivas, sin perjuicio de las observaciones o reparos que puedan realizarse al bloque normativo.

A continuación, una vez definido el concepto de acto administrativo que se tendrá en cuenta, se analizarán los distintos tipos de nulidades que pueden afectarlo, y los efectos que se derivan de aquéllas. La teoría de la invalidez de los actos administrativos, construida desde 1940 por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, evolucionando desde entonces, y el marco jurídico dado por la LNPA, siguen presentando una faz dinámica en constante desarrollo, propia de la naturaleza “in fieri” que caracteriza a esta rama del derecho público, a la que se hiciera referencia en párrafos anteriores.

Ello nos pone de cara a la ley nacional de procedimientos administrativos que rige para la Administración Pública Nacional desde 1972. Describir el régimen previsto para la impugnación de los actos administrativos, sus antecedentes directos, los autores glosados, y su vinculación con el contexto histórico local e internacional, nos permitirá establecer una aproximación a las razones que determinaron la adopción del marco legal actual; en particular, lo atinente a la impugnación de los actos y a las consecuencias que se derivan de la eventual inacción.

A tal fin, efectuaremos un análisis comparado de los regímenes vigentes en Estados Unidos de América, en Francia y en España, teniendo en cuenta la incidencia



directa que cabe reconocer a los sistemas que rigen en esos países, en nuestro derecho constitucional y administrativo.

Luego, ingresaremos en el aspecto medular de la investigación: el análisis de la denuncia de ilegitimidad y su interpretación en la jurisprudencia. Los alcances y efectos del acto que resuelve la denuncia y su posibilidad de revisión judicial, según el criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A tal efecto, analizaremos la postura del Máximo Tribunal de la Nación a la luz de los postulados propuestos por la lógica y, posteriormente, al tamiz del principio de la tutela judicial efectiva, y su consagración en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la Constitución Nacional.

Para ello definiremos, primero, y a la luz de distintos exponentes de la filosofía contemporánea, la consideración que cabe efectuar respecto de los principios y las normas como partes integrantes de todo sistema jurídico.

Luego, analizaremos el derecho a la tutela judicial efectiva, como principio integrante del sistema jurídico argentino y trataremos de establecer cuál es el estándar de protección que cabe reconocerle.

Allí es donde se intentará validar la hipótesis planteada; puntualmente, se tratará de verificar si la aludida incorporación determina un nuevo estándar en la



protección de los derechos humanos, a partir de la significación del derecho a una tutela judicial efectiva.

Y, en ese contexto, habremos de analizar si el criterio fijado por la Corte, en ausencia de norma expresa, satisface o no el estándar constitucional referido.

Concretamente, se efectuará un cotejo entre las conclusiones arribadas y la eventual razonabilidad en el mantenimiento del criterio jurisprudencial que excluye del control judicial al acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad.

En este punto, y para finalizar, se estudiará el esquema tradicional del poder judicial en un sistema democrático, y cuál es el rol que los jueces pueden desempeñar en la definición de un nuevo paradigma de control de la Administración.



**SECCIÓN PRIMERA**



**II. Las distintas conductas estatales. Hechos y vías de hecho de la Administración. El caso del silencio administrativo. Hacia una definición del acto administrativo. La cuestión práctica**

II.1. Las distintas conductas estatales. Hechos y vías de hecho de la Administración. El silencio administrativo.

A continuación, haremos un análisis de las distintas conductas estatales que proyectan sus efectos hacia los administrados. En tanto no hace al objeto de la investigación, efectuaremos una referencia breve a aquellas más relevantes, sin perjuicio de ahondar un poco más en la idea del acto administrativo.

En tal sentido, es claro que la dinámica estatal, expresada en el ejercicio de la función administrativa<sup>9</sup>, se proyecta a los administrados de distintas maneras. En ese sentido, nos referiremos a aquellas conductas que resulten productoras de efectos jurídicos, en tanto son estas las que, en definitiva, interesan al ordenamiento.

---

<sup>9</sup> No haremos aquí, en tanto escapa al objeto de la investigación, un análisis de las distintas posturas sostenidas en la doctrina, respecto a los criterios para clasificar las funciones estatales y cuál de ellos mejor se corresponde con el objeto de estudio del derecho administrativo. Sólo diremos que, cuando utilizamos la expresión "función administrativa", lo hacemos optando por el criterio subjetivo; es decir, aquél que considera a aquélla como toda la actividad realizada por el Poder Ejecutivo.



Al respecto, compartimos la clasificación propuesta por GORDILLO, en cuanto a la división que formula, *ab initio*, entre aquellas actividades productoras de efectos jurídicos y aquellas que no, para luego distinguir, dentro de ese grupo, aquellos actos y hechos que produzcan o no efectos jurídicos.<sup>10</sup> A ello agregamos, además, el silencio de la Administración, al que nuestro ordenamiento, en determinados casos, también le asigna consecuencias jurídicas.

De esta manera, los *hechos administrativos*, serán aquellos comportamientos materiales, operaciones físicas (jurídicamente válidos)<sup>11</sup> que, imputables a la Administración, producen efectos (consecuencias) jurídicos. Así, por ejemplo, la colocación por parte de un inspector de salubridad de una faja de clausura en un establecimiento por haberse vulnerado las condiciones de higiene previstas por la legislación, la detención de una persona por parte de un agente de policía llevada a cabo en cumplimiento de la ley, constituyen ejemplos de comportamientos materiales que tienen consecuencias jurídicas.

Pero también existen comportamientos materiales de la Administración que operan en el campo de lo antijurídico. Nos referimos a las denominadas "vías de hecho de la Administración". En nuestro ordenamiento, se encuentran previstas en el artículo 9 de la LNPA que, con una peculiar redacción, establece que la Administración deberá

---

<sup>10</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, FDA, Bs. As., 2004, t.3, p. III-2.

<sup>11</sup> Nos permitimos formular esta aclaración, en tanto ello es pertinente a la distinción con las vías de hecho de la Administración, a las que luego nos referiremos.



abstenerse de *"comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales..."*.<sup>12</sup> No deja de ser llamativa esta norma que, en definitiva y como si fuera una obviedad, señala que la Administración no debe violar la ley; ello es así, aun cuando la doctrina se ha encargado de advertir que ello es consecuencia de la incorporación -llamemos "lígera"- de institutos jurídicos vigentes en el derecho extranjero, donde revisten una imprescindible naturaleza instrumental.<sup>13</sup>

En cuanto al silencio que, si bien como regla general no puede considerarse como manifestación de la voluntad, según el ordenamiento jurídico administrativo, debe entenderse como negativa cuando, existiendo obligación de resolver por parte de la Administración, ésta no lo hace en el tiempo previsto para ello.<sup>14</sup>

Coincido en este punto, con lo sostenido por un sector de la doctrina en cuanto afirma que el silencio es el símbolo de la Administración que no funciona.<sup>15</sup> Es aquí donde la excepción se vuelve regla y ésta la excepción. En efecto, como veremos más adelante, en materia recursiva, prácticamente no hay decisión de la Administración

---

<sup>12</sup> Art. 9, inc. a) de la LNPA.

<sup>13</sup> Ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino. Estudios de Derecho Administrativo, Mendoza, Ciencias de la Administración, 1999.*

<sup>14</sup> El art. 10 de la LPA, en lo que aquí interesa, señala: *"El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo..."*.

<sup>15</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO, "El silencio administrativo," en BARNES VÁZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 159 y ss., p. 162; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, FDA, cit. p. III-4.



que se produzca dentro del plazo previsto por la ley a tal efecto, por lo que la denegatoria tácita es la regla general.

## II.2. Hacia una definición del acto administrativo. La cuestión práctica.

No existe en la legislación argentina una definición de acto administrativo. Tampoco se ha previsto, salvo excepciones<sup>16</sup>, la exigencia de que una norma determine, en cada caso, que determinada conducta es, o deba formalizarse, como un acto administrativo, ni la carga de la Administración (o de los órganos de los otros poderes del Estado cuando ejercen la función administrativa en sentido material) de indicar en cada caso que un acto dictado es un "acto administrativo".

Ello de por sí es trascendente a poco de advertir las consecuencias que se derivan de considerar a un acto de la Administración (o del Estado, lato sensu) como tal. Los requisitos esenciales que debe tener, la sanción de nulidad para el caso de que

---

<sup>16</sup> Ver, entre otras, el decreto de legislación delegada 1023/2001 (ver reforma), que en su art. 11 dice: "FORMALIDADES DE LAS ACTUACIONES. Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario:

a) La convocatoria y la elección del procedimiento de selección; b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares; c) La declaración de que el llamado hubiere resultado desierto o fracasado; d) La preselección de los oferentes en la licitación con etapa múltiple; e) La aplicación de penalidades y sanciones a los oferentes o contratantes; f) La aprobación del procedimiento de selección y la adjudicación; g) La determinación de dejar sin efecto el procedimiento; h) La revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación; i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato"



exista algún vicio, los caracteres –considerados como principios o coyunturales- lo atinente a la extinción, etc. y, sobre todo, el régimen de impugnación que la legislación sí prevé para el acto administrativo queda, en la práctica, sujeto a la consideración del intérprete de turno (Administración, administrado y, en definitiva, el juez).

La doctrina, por su parte, ha hecho ingentes esfuerzos para poder abordar una definición, al tiempo que ha advertido los riesgos derivados de su falta de precisión. Veamos, en síntesis, la postura sostenida por algunos referentes:

a) Tesis de GIANNINI:

Para este autor italiano, existe una diferencia sustancial entre el acto administrativo y el *provvedimento*. Según GIANNINI, la afirmación de la teoría formal sustancial llevó a distinguir a los actos formalmente administrativos, pero sustancialmente normativos o jurisdiccionales de aquellos actos formal y sustancialmente administrativos. Estos últimos, a su vez, admitían una subdivisión en un sentido amplio o restringido. Según el primer criterio, se trataba de “*toda declaración voluntad, de ciencia o de opinión de la Administración Pública*”, mientras que, en un sentido más estricto, se trataba de “*toda declaración de una autoridad administrativa en ejercicio de la potestad administrativa*”. Precisamente, este fue el



que finalmente fue definido por la mayoría de la doctrina como el verdadero *provvedimento administrativo*.<sup>17</sup>

m) Tesis de MAYER:

Interesante resulta la posición de MAYER, quien advierte el papel medular en el derecho administrativo al que ha sido llamado el acto administrativo. Dice este autor: *“Que el acto administrativo debe desempeñar un gran papel en la formación del derecho administrativo es algo que salta a la vista. [...] Sin embargo, también advierte que “Muy generalizadas en nuestra literatura, las palabras “acto administrativo” sufren a veces la suerte reservada a tantas expresiones técnicas tomadas de algún otro idioma: se le da un sentido nuevo a causa de la traducción literal de sus palabras y quizás también por una falsa traducción. Así, la palabra “acto” ha hecho pensar a muchos autores en la “acción”, y hablan ingenuamente de actos administrativos para designar todo aquello que puede hacer la administración”*.<sup>18</sup>

En función de ello, este autor define el acto administrativo como *“un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de derecho en un caso concreto...”*.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> GIANNINI, MASIMO SEVERO, *Diritto amministrativo*, t.1, terza edizione, Giuffrè, Milano, p. 543.

<sup>18</sup> MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, T.1, Depalma, Bs. As., 1982, p. 82.

<sup>19</sup> MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, cit, p. 126



No ha de escapar al análisis que lo señalado por MAYER, responde al desarrollo de la ciencia jurídica propio de esa época -1982-; sin embargo, así como la punta de un iceberg anuncia la presencia de una masa de hielo mayor, a renglón seguido este autor formula una consideración que resultará profética: *“Siendo muy variada la acción de los órganos administrativos, podemos preguntarnos, en un caso particular, si se trata o no de un acto administrativo. La presunción está por la afirmativa. Si lo que la autoridad ha emitido, conforme a su competencia y al contenido de la voluntad expresada, puede ser un acto administrativo, es necesario considerarlo como tal y otorgarle los efectos jurídicos que le son anexos, salvo prueba en contrario... He ahí el principio. Disposiciones expresas permitirán distinguir más claramente al acto administrativo, haciéndolo conocer por su forma, origen o contenido.”*<sup>20</sup>

De esta forma, este autor alemán ya formulaba que, como presunción general, toda acción de la Administración debía considerarse como “acto administrativo”, salvo prueba en contrario,<sup>21</sup> lo cual ya anunciaba las consecuencias derivadas de los ambages derivados de la cuestión.

n) Tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ:

---

<sup>20</sup> MAYER, OTTO, Derecho administrativo alemán, cit., p. 128

<sup>21</sup> Básicamente, tal “prueba en contrario” debiera ser la previsión legislativa o la afirmación de la propia Administración formulada en ese sentido.



Para estos autores españoles, acto administrativo es “...la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria...”.<sup>22</sup>

o) Tesis de BIELSA:

Según esta posición, desde un punto de vista jurídico, la actividad administrativa, cualquiera sea la forma que asuma y los efectos que produzca, se concreta en hechos y en actos administrativos, siendo un criterio similar al empleado en el derecho privado para distinguir actos y hechos jurídicos.

Ahora bien, en cuanto al acto administrativo propiamente dicho, BIELSA lo define como *toda decisión general o especial de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones y que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas...*<sup>23</sup>

p) Tesis de DIEZ:

Para este autor, resulta necesario distinguir entre actos de administración –que son aquellos que emanan del agente administrativo y tiene carácter general o abstracto, del acto administrativo. También distingue a este último, de todos aquellos actos dictados por la Administración que no producen efectos jurídicos hacia terceros y de

---

<sup>22</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t.1., Madrid, Civitas, p. 550.

<sup>23</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, t.1, p. 202.



los que sólo tienen efectos respecto de los órganos de la propia Administración (vgr. Dictámenes).

Para DIEZ, acto administrativo "puro", es *una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa, en ejercicio de la potestad administrativa.*<sup>24</sup>

q) Tesis de MARIENHOFF:

Este autor, luego de reconocer que el acto administrativo es un acto jurídico y que puede ser tanto general como individual, bilateral o unilateral, entiende que es *toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico.*<sup>25</sup> MARIENHOFF reconoce, asimismo, ciertos rasgos similares, en cuanto a lo sintético, con la definición dada por GIANNINI.

r) Tesis de CASSAGNE:

Para este autor, acto administrativo es toda declaración de un órgano estatal emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa, caracterizada por un régimen administrativo, propio y típico de derecho público, que produce efectos

---

<sup>24</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1961, p. 108 y 109.

<sup>25</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, cit., p. 212.



jurídicos, individuales y directos con relación a los administrados destinatarios del acto.<sup>26</sup>

s) Tesis de BARRA:

Este autor considera que no es posible aislar una noción única de acto administrativo, en tanto no sería posible abarcar todas las hipótesis en que el instituto puede presentarse. En función de ello, propone dos definiciones: una en sentido amplio y otra en sentido estricto. El primero define al acto administrativo como *“toda decisión normativa de naturaleza jurídica, de alcance, ya sea general o particular, abstracto o concreto, emanada y atribuida a una organización e imputable a una persona jurídica, ambas integrantes del sector público del ordenamiento o asumidas en él, en ejercicio propio de la ‘función administrativa’ o delegado de la competencia administrativa, se trate de actividad materialmente administrativa, legislativa o jurisdiccional, como también las decisiones normativas jurídicas resultantes de la actividad materialmente administrativa dentro de las funciones ‘presidencial’ (salvo los decretos con jerarquía de ley o de reglamentación sustantiva de la ley), ‘judicial’ (salvo las sentencias) o ‘legislativa’ (salvo la ley)...”*.<sup>27</sup>

Por otra parte, en sentido estricto, entiende que el acto administrativo, es *“toda decisión normativa de naturaleza jurídica, de alcance particular y concreto, dotada*

---

<sup>26</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 52.

<sup>27</sup> BARRA, RODOLFO, *Acto administrativo y reglamento*, Astrea y Rap, Bs. As., 2018, p. 330.



*de alteridad, emanada y atribuida a una organización pública e imputable a una persona jurídica pública, ambas integrantes del sector público del ordenamiento, en ejercicio de la actividad materialmente administrativa dentro de la función administrativa...".* Para este autor, el acto administrativo es un acto jurídico -el que siempre tiene naturaleza normativa (jurídica)-, conforme con lo regulado por las normas de superior jerarquía del ordenamiento jurídico.

Como se observa, el quid de la distinción entre ambas definiciones radica, según el maestro argentino, en el alcance. Así, mientras que el primero puede ser general o particular (es decir, dirigidos a sujetos que se encuentren en la situación abstractamente contemplada en el mismo acto), el acto administrativo en sentido estricto está dirigido a uno o varios destinatarios que son individualizados al menos por su situación actual concreta, siempre específica.

t) Tesis de GORDILLO:

Este autor, atento las distintas definiciones propuestas por la doctrina, no deja de advertir que se trata de una cuestión terminológica y no de fondo, siendo necesario, en todo caso, aclarar cuál es el sentido con el cual se emplean los términos.

Así, señala que, si se toma la expresión *acto administrativo* en sentido amplio, comprensivo de todos los actos jurídicos de la Administración, entonces habrá actos administrativos generales y bi o plurilaterales. Por el contrario, si se toma la expresión



en un sentido restringido comprendiendo tan sólo a una parte de los actos jurídicos administrativos, resultará que no existen actos administrativos generales y viceversa.<sup>28</sup>

En definitiva, y en un sentido estricto, GORDILLO entiende que acto administrativo es "...una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata...".<sup>29</sup>

u) Tesis de MAIRAL:

MAIRAL, en aguda crítica, propone un concepto más acotado de acto administrativo destacando los riesgos que conlleva una concepción amplia, a propósito de las consecuencias previstas en el régimen jurídico<sup>30</sup>. Así, señala este autor, acto administrativo son sólo aquellos actos unilaterales que producen efectos jurídicos individuales. Excluye de esta definición a los actos internos y los dictámenes, a las declaraciones de conocimiento o juicio –a los que denomina *meros actos administrativos*- y a los reglamentos y a los contratos. También excluye de la definición a los que llama *meros pronunciamientos administrativos*; precisamente, distingue estos últimos de los –según él- verdaderos actos administrativos, señalando que "*los actos administrativos, para serlo, deben encaminarse a la creación, a la modificación o a la extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración*

---

<sup>28</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, FDA, Tomo 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 2011, p. IV-2.

<sup>29</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, FDA, T 3, *El acto administrativo*, cit. p.IV-31.

<sup>30</sup> MAIRAL, HECTOR A., *Hacia una noción más acotada de acto administrativo (O de cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer al funcionario)*, RPA, 2011, 1 y 2



*(o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra circunstancia jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación...". Sigue diciendo que "esto significa que no toda decisión emanada de la Administración y que pretende consecuencias jurídicas que se proyectan hacia el particular tiene el efecto de modificar la esfera jurídica del mismo, sino que sólo los actos que gozan de ese efecto modificadorio deben ser considerados actos administrativos..."*<sup>31</sup>

v) Tesis de COMADIRA:

En opinión de este autor, una noción correcta de acto administrativo debe satisfacer, por un lado, la necesidad teórica de nuclear en su marco conceptual las formas de actuación administrativa sometidas a un régimen jurídico homogéneo, y, por otro, el imperativo concreto de construir un instrumento técnico idóneo para la protección de los derechos e intereses de los administrados e incluso del propio interés público. Así, señala que el acto administrativo es *"una declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de función administrativa,*

---

<sup>31</sup> De todas maneras, y sin perjuicio de que compartimos con MAIRAL la necesidad de acotar la noción de acto administrativo (para lo cual propondremos una alternativa diferente a la de este autor), es interesante la crítica que realiza BARRA sobre este aspecto: *"...en nuestra opinión, la de 'mero pronunciamiento administrativo' no parece que sea una denominación suficiente, puesto que, en realidad, nada distingue. El acto administrativo es, por supuesto, un 'pronunciamiento (decisión) administrativo', y el simple calificativo de 'mero' en nada ayuda para la identificación de la categoría..."* (ver BARRA, RODOLFO, *Derecho administrativo, Acto administrativo y reglamentos*, cit., t. 1, p. 497).



*bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”.*<sup>32</sup>

w) Nuestra opinión. La doble dimensión del acto administrativo:

Habiendo realizado una síntesis de las opiniones más relevantes de la doctrina,<sup>33</sup> corresponde a continuación exponer nuestra posición sobre este punto.

En primer lugar, y sin perjuicio del análisis que haremos a continuación, entendemos que el acto administrativo es una especie de acto jurídico y, como tal, comparte con aquél los aspectos que hacen a sus presupuestos y validez.<sup>34</sup> En efecto, como sostiene BARRA -quien, en este punto, destaca la postura de JEZE- resulta muy clara la relación de género a especie que existe entre acto jurídico y acto

---

<sup>32</sup> COMADIRA, JULIO RODOLFO, MONTI, LAURA (Colaboradora), *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Concordada*, La Ley, Bs. As., 2007, p. 182 y 183.

<sup>33</sup> Es claro que no hemos abordado todas las opiniones, pero si se han expuesto las posiciones principales vertidas sobre el punto, sin perjuicio de reconocer la existencia de otras definiciones que, con matices, pueden agruparse en alguno de los criterios apuntados.

<sup>34</sup> En igual sentido, BARRA, RODOLFO CARLOS, *Derecho administrativo. Acto administrativos y reglamentos*. Astrea, Bs. As. 2018, p.



administrativo.<sup>35</sup> A su turno, también MARIENHOFF, como apuntáramos, sostuvo un criterio similar entendiendo que el acto administrativo es, también, un acto jurídico.<sup>36</sup>

Ello aclarado, entendemos que, sin embargo, existe una doble dimensión en la que se desenvuelve, evoluciona y desarrolla la idea de acto administrativo. Por una parte, se da la necesidad de abordar un concepto en términos teóricos que permita, a partir de allí, contar con una referencia clara desde la cual poder ir desagregando los aspectos fundamentales de esta institución. Es la que podemos llamar una dimensión teórica.

En estos términos, coincidimos con el análisis propuesto por BARRA; a nuestro modo de ver, la definición propuesta por el maestro argentino -que sin perjuicio de su originalidad, reconoce influencia en la opinión de GIANNINI- en tanto explica la

---

<sup>35</sup> Dice este autor: "...el acto administrativo es una especie de acto jurídico, por las siguientes y principales razones...: a) el acto jurídico es, como el acto administrativo, de naturaleza normativa; b) el acto jurídico es también un concepto técnico jurídico destinado a explicar y valorar la actuación jurídica del agente, y lo es cualquiera sea su contenido y, por tanto, su inserción en los distintos subsistemas o 'ramas' del derecho; la primera afirmación es también predicable del acto administrativo y la segunda permite considerar a este como especie del primero; c) el acto administrativo nace de una persona humana (a cargo del órgano administrativo) y así es necesaria la expresión de la voluntad de aquella aun cuando el ordenamiento atribuya tal declaración de voluntad (aplicando el concepto de voluntad de una manera totalmente ideal, figurada o hipotética, como se quiera calificarla) a un órgano (también una mera construcción normativa), todo lo cual es común con cualquier tipo de acto jurídico; d) la 'salud' o perfección jurídica de la declaración de voluntad es, en un sistema -como el nuestro y el de todo el mundo civilizado- basado sustancialmente sobre la libertad del individuo, la condición sine qua non de validez del acto que es expresión de aquella voluntad, lo que es una verdad autoevidente en el supuesto del acto jurídico privado, así como una consideración lógica en materia de acto administrativo, al menos en la medida en que el ordenamiento jurídico defina que el acto administrativo no es válido si la voluntad del agente que lo emite se encuentra viciada..." (ver BARRA, RODOLFO CARLOS, *Derecho administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, cit. p. 310 y 311).

<sup>36</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, cit., t.II, p. 215



imposibilidad de aislar una noción única del acto administrativo al tiempo que reconoce un componente concreto individual, inherente a esta conducta estatal, es la más acertada.

Será, pues, la definición de acto administrativo -en sentido estricto- sostenida por este profesor argentino la que tomaremos como referencia en este estudio. De esta manera, entendemos al acto administrativo como *"toda decisión normativa de naturaleza jurídica, de alcance particular y concreto, dotada de alteridad, emanada y atribuida a una organización pública e imputable a una persona jurídica pública, ambas integrantes del sector público del ordenamiento, en ejercicio de la actividad materialmente administrativa dentro de la función administrativa..."*.

Dicho esto, corresponde, sin embargo, formular inmediatamente y desde ahora una advertencia fundamental, de cara a la naturaleza y enfoque de la investigación que estamos desarrollando, que se vincula con lo que hemos llamado una dimensión dinámica.

En este sentido, bien valga recordar, a modo de introducción, lo dicho por CHARLES EVANS HUGHES quien señaló: *"Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es..."*<sup>37</sup>. Pues respecto del acto

---

<sup>37</sup> Esta frase fue pronunciada por HUGHES, mientras era gobernador de Nueva York, en un discurso dado en 1907 ante la Cámara de Comercio de Elmira: *"We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and our property under the Constitution"* (conf. *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908, 1908, p. 139*).



administrativo ocurre una situación similar: acto administrativo es lo que la Administración quiera que sea; y ello es así, sin perjuicio de lo que luego, en definitiva y eventualmente, resuelva en la justicia.<sup>38</sup>

Es que, si bien desde un punto de vista teórico resulta imprescindible establecer una definición de acto administrativo -en tanto resulta uno de los pilares sobre los que se estructura y desarrolla nuestra disciplina- no puede dejar de advertirse que ello no deja de ser una cuestión meramente terminológica que, en definitiva, pretende encauzar y/o condicionar tal conducta estatal, con miras a poder efectuar un control más preciso.

Es por ello, que sin perjuicio de la definición que se establezca o por la que se opte, acto administrativo será, en definitiva, lo que la Administración quiera que sea según el caso. En efecto: la elasticidad propia de la dinámica administrativa ha llevado a que se considere acto administrativo -entre otras- a las siguientes conductas estatales: vgr.: órdenes verbales, boleta de patente, boleta de ABL, informes registrales, etc.

---

<sup>38</sup> Decía MARIENHOFF: *"Es necesario no olvidar que, de acuerdo con nuestra organización institucional, entre nosotros la justicia administrativa -la jurisdicción contenciosoadministrativa- es de tipo o sistema judicialista, de donde deriva que, en la especie, el tribunal judicial actúa como órgano de lo contencioso administrativo y no precisamente como tribunal ordinario. Siendo así, el órgano jurisdiccional que dirimirá la cuestión sobre la interpretación del acto administrativo impugnado, es el establecido para el caso por el régimen institucional del país. La jurisdicción de los tribunales judiciales para resolver las causas contenciosoadministrativas, surge de la propia Constitución Nacional y leyes especiales dictadas en su consecuencia..."* (ver MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, cit, t.II, p. 217



Por cierto, que muchas de aquellas conductas escapan a las definiciones de acto administrativo propuestas por la doctrina, por lo que será la Administración y, en definitiva, el juez, quien definirá la cuestión.

Tal incertidumbre obliga a que un razonable criterio de celo profesional aconseje impugnar cualquier conducta estatal de que se trate, encuadre o no dentro de la definición que se proponga.

Tamaño desatino deja en evidencia el voluntarismo de la doctrina que, esforzándose por delimitar el concepto de acto administrativo, acaba topándose con una realidad dinámica que amplía o restringe aquellos límites según las circunstancias y conveniencias del caso.

No aporta claridad, tampoco, la postura fijada pacíficamente por la Procuración del Tesoro de la Nación quien ha señalado que *“los actos tienen la denominación que corresponde a su **naturaleza** y no la que le atribuyen las partes...”* (la negrita es agregada)<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Conf. Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Dictámenes; 242:494; Fecha 12-09-2992 consultado en 0912<https://www.ptn.gob.ar/buscarDictámenes/page/acceder-al-buscador?tomo=242&pagina=494&numero=&anio=&mes=&tema=> el 14-04-2021; y Dictamen: 312:340. Fecha: 2020-02-13 consultado en <https://www.ptn.gob.ar/buscarDictámenes/page/acceder-al-buscador?tomo=312&pagina=340&numero=&anio=&mes=&tema=> el 14-04-2021



Por lo tanto, en nuestra opinión, sería saludable que sea el legislador quien, en primer lugar, determine aquellas conductas que deben ser consideradas como “actos administrativos”<sup>40</sup>; luego, y atendiendo a que no pueden preverse todos los supuestos, en los casos donde la norma no los ha previsto y se trate de actos de gravamen, deberá ser carga de la Administración indicar que la conducta desplegada es un acto administrativo.<sup>41</sup>

De esta manera, aún a riesgo de reconocer la amplitud del ámbito discrecional librado a la Administración, este criterio, al tiempo que limita en la práctica la definición de acto administrativo, determina la carga de la Administración de motivar la decisión de haber efectuado tal consideración.

En efecto, creemos que la posición que sostenemos tiene una doble ventaja ya que, además de obligar a la Administración a explicar, en ausencia de norma expresa, por qué efectuó la calificación de determinada conducta como acto administrativo,

---

<sup>40</sup> Ello ya ocurre, por ejemplo, con aquellos actos administrativos que, además, deben considerarse como “instrumentos públicos”, en los términos que informa el art. 289, inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, esta norma establece que serán instrumentos públicos aquellos que extiendan “los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes”. CASSAGNE señala, al respecto, tal condición, “exige como garantía para la fe pública y el sistema probatorio de los documentos administrativos que constituyan instrumentos públicos, el requisito de la norma legal expresa y el cumplimiento de las formas prescriptas por las leyes y reglamentos.” (ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, T.II, cit. p. 234.

<sup>41</sup> Similar postura insinúa BARRA quien, al replicar las críticas de MAIRAL, dice: “...sería más conveniente que la Administración hiciese expresa su voluntad de dictar un acto administrativo, identificándolo en su mismo texto, para lo cual debería ser obligada por la ley, so pena de que el ‘mero pronunciamiento’ no sea considerado ‘acto administrativo’...” (BARRA RODOLFO, *Derecho Administrativo, Actos administrativos y reglamentos*, cit. p. 501).



otorga certidumbre al administrado, destinatario del acto, acerca del régimen jurídico aplicable.

Es importante reiterar que, sin perjuicio de la calificación legal, tal obligación resulta esencial para los actos de gravamen, en tanto es respecto de ellos donde cabe presumir la reacción del particular. Sin embargo, en cuanto a los actos que amplían derechos, la calificación expresa de aquellos como “actos administrativos”, no resultaría exigible.

En cualquier caso, la modificación que se propone pretende dar certidumbre al particular, antes que generar un espacio especulativo en su perjuicio. En tal sentido, no podría la Administración ampararse en la omisión de aquello que le es obligado, a fin de desentenderse de los efectos derivados de sus actos así emitidos.



### II.3 Teoría de la invalidez administrativa. Relaciones entre el derecho público y el derecho privado. El recurso a la "analogía":

Una de las pruebas más evidentes acerca de la naturaleza de "ius in fieri" que porta el derecho administrativo, puede advertirse en la evolución producida respecto de la teoría de la invalidez del acto administrativo. En efecto, ya desde antaño los vaivenes de la teoría se avizoraban siendo ello advertido oportunamente por la doctrina. Así, por ejemplo, lo expresaba MARIENHOFF: "*Es este un aspecto del derecho administrativo (se refería expresamente a la teoría de las nulidades del acto administrativo) donde el carácter de 'jus in fieri' se manifiesta con agudeza...*".<sup>42</sup>

Sin embargo, un coherente abordaje de la cuestión, requiere indagar, en primer lugar, la relación que existe, sobre el punto en análisis, entre el derecho privado y el derecho público; en efecto, si consideramos -como lo hemos hecho- que entre el acto jurídico y el acto administrativo existe una relación de género y especie, será menester analizar lo atinente a los vicios y nulidades teniendo este aspecto particularmente en

---

<sup>42</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, cit., t.II, p. 371. Es que, tal dinamismo del derecho administrativo, como recuerda GARCÍA DE ENTRERRÍA, hace a la esencia misma del derecho: "*El sucesivo ajuste, la reconfiguración de los conceptos, la adaptación a las cambiantes circunstancias de la sociedad a que el Derecho sirve (...), los descubrimientos inesperados de la casuística, la depuración de soluciones, es la vida misma del Derecho...*" (ver GARCÍA DE ENTRERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 2009, Navarra, p. 48). En rigor, lo mismo podría predicarse de cualquier institución del derecho administrativo, toda vez que, al constituir su objeto de estudio la función administrativa -la cual es inherente a la satisfacción del interés público- comparte el dinamismo y las fluctuaciones propias de aquella.



consideración. Así, y sin pretender agotar la cuestión, coincidimos con quienes señalan que la teoría de la invalidez administrativa funciona en dos niveles<sup>43</sup>, a saber: el que corresponde a los requisitos presupuestos (vgr., capacidad del funcionario y, en su caso, del administrado, buena fe) que se regirán por el derecho privado, y aquellos requisitos estructurales que deberán analizarse a la luz de las normas propias del derecho público.

Precisamente por ello, las relaciones entre ambas ramas del derecho no implican, exclusivamente, una mirada histórica -sin perjuicio del análisis que haremos sobre el derrotero de la jurisprudencia de la Corte sobre el tema- sino que surgirá -de manera expresa o implícita- en cada caso que se presente.

En ese sentido, y sin desmedro de las distintas opiniones en cuanto a cuál sea el punto de partida más conveniente para abordar el análisis de la teoría de la invalidez administrativa, creemos que observar la evolución de la jurisprudencia es un criterio suficientemente objetivo.

Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado muestras suficientes de lo dinámico que resulta este aspecto del acto administrativo.

Valga aclarar, a modo de inicio, que hasta 1940, al momento de juzgar la invalidez de los actos administrativos, los tribunales aplicaban "directamente" las

---

<sup>43</sup> BARRA, RODOLFO CARLOS, *Derecho administrativo. Actos administrativos y reglamentos*, cit. p. 232.



normas del Código Civil -arts. 1037 y ss-, sin reparar en que las características propias y distintivas del acto administrativo requería, a falta de un marco jurídico propio, una solución obtenida a partir de la analogía.

Bien señala SILVA TAMAYO, *“Se incurría reiteradamente, así, en el desacierto de aplicar el Código Civil en materias de Derecho Administrativo, partiendo de la falta de consideración de este último como derecho estatal, creación exclusiva del Estado que nada tiene que ver con la disciplina privatista que se genera y causa, en gran parte, a partir de la autonomía de la voluntad de los individuos. Las reglas civilistas no podían, obviamente, contemplar la posición de la Administración frente a los particulares que es cosa bien distinta a la vinculación de estos entre sí. Así, las prerrogativas de poder público (autotutelas declarativas y ejecutivas) que se le confieren para la realización del bien común, justificaban un tratamiento diferenciado de la materia, cuyas bases fueron sentadas por el fallo que comentamos.”*<sup>44</sup>

Pero ello cambió a partir de 1940, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve el paradigmático caso “Ganadera Los Lagos S.A. c. Nación Argentina”<sup>45</sup>, donde propició la aplicación extensiva al Derecho Administrativo de las

---

<sup>44</sup> SILVA TAMAYO, GUSTAVO, *La analogía en el derecho administrativo. A propósito de la senda marcada por el fallo “Los Lagos”*, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Núm.3, diciembre, 2012, IJ-LXVI-908.

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Ganadera Los Lagos SA c/ Nación Argentina”, Fallos 190:142, sentencia del 30-04-1940. Con fecha 25 de septiembre de 1934 la actora solicitó la nulidad de un decreto del PEN que, el 21 de abril de 1917, había declarado la caducidad de las ventas efectuadas a sus antecesores en el dominio, disponiendo la toma de razón en el Registro de



reglas contenidas en los arts. 1037 y ss. del Código Civil, señalando que “...*si bien no han sido establecidas para aplicarlas al Derecho Administrativo, sino al privado, nada obsta para que, representando aquéllas una construcción basada en la justicia su aplicación se extienda al Derecho Administrativo*” pero advirtiendo que ello debe hacerse “*con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta disciplina*” (el énfasis es agregado).

Es decir que, para resolver la cuestión, la Corte recurre a las normas del Código Civil, pero, a partir de este caso, sus normas se aplicarán por “analogía”.

Recuerda BARRA, que la analogía “*es una relación de semejanza basada en la proporción recíproca de los seres que se comparan entre sí, lo que permite atribuir a un ser (analogado) una propiedad de la que carece y que se encuentra presente en el otro (analogante). En el derecho se utiliza para resolver el caso no previsto por las normas (pero que requiere solución) comparándolo con el caso más cercano - proporcionalmente adecuado- que una particular de ellas prevé. Sin embargo, la aplicación de esta norma al caso no previsto, cuando importa “saltar” del derecho*

---

la Propiedad. Opuesta la prescripción de la acción por el Procurador Fiscal, según lo dispuesto por los arts. 4023 y 4030 del Código Civil, la Cámara Federal de Capital señaló que se estaba en presencia de una nulidad que habría de ser declarada sólo en beneficio de determinadas personas, es decir, que se trataba de un interés privado, por lo que no podía sancionarse sino a petición de los titulares del supuesto derecho invocado. Por ello entendió que, habiendo transcurrido 17 años desde la fecha de emisión del decreto cuestionado, la acción se encontraba prescripta. De tal modo, sometida la controversia a consideración de la Corte, el máximo tribunal estimó que la cuestión a decidir era la naturaleza de la nulidad que se le atribuía el decreto del año 1917, pues dicha elucidación resultaba determinante para la pronunciarse sobre procedencia de la defensa de la prescripción



*privado al público, deberá respetar la "idea directriz" de este último, es decir, el sentido y finalidad funcional de este...".*<sup>46</sup>

En el caso "Los Lagos", el acierto de la Corte es haber advertido que el problema de las "lagunas" en el ámbito del derecho administrativo presentaba características distintas que las propias de las relaciones jurídicas privadas. De esta manera, el Máximo Tribunal entendió que, sin perjuicio de las características propias de cada disciplina jurídica, lo atinente al régimen de las nulidades jurídicas, se encuentra estrechamente vinculado con los principios generales del derecho.

Tal criterio fue reafirmado años más tarde, en 1975, en el caso "Pustelnik, Carlos A.", donde señaló: *"Que la invalidez de los actos de derecho público ha de enjuiciarse según las normas de la materia iuspublicista sin que se oponga a ello el recurso a las reglas del Código Civil en cuanto éstas guarden congruencia con la naturaleza, fines y garantías propios de aquellos actos en modo que las categorías*

---

<sup>46</sup> BARRA, RODOLFO CARLOS, *Derecho administrativo, Acto administrativo y reglamentos*, Astrea, cit. p. 238. Afirma este autor que la analogía "consiste en la creación de una norma aplicable al caso: no se interpreta por analogía, se "legisla" por analogía." Y agrega: "Es posible la analogía cuando existe una razón de semejanza o proporcionalidad entre el analogado (el caso a reglar) y el analogante (la norma a aplicar, la que incluye una hipótesis fáctica con elementos comunes al caso analogado). De esta manera, al aplicar al caso analogado las previsiones de la ley analogante, el juez o el órgano administrativo competente construyen una nueva norma, siempre para dicho caso..." (BARRA, RODOLFO, op. cit. p. 247). Allí explica, además, que el reenvío y la aplicación subsidiaria son herramientas utilizadas con frecuencia para la integración legislativa. "A diferencia de la analogía, tanto el reenvío como la aplicación subsidiaria son de creación del mismo legislador. En el reenvío la ley reenviante decide que el supuesto fáctico en ella contenido se regirá por lo dispuesto en la norma reenviada. En la hipótesis de la aplicación subsidiaria, es la ley principal la que, de manera genérica, envía a la ley de suplencia para regular toda hipótesis no contemplada en aquella, con o sin la reserva de la no contradicción entre ambas...". (ver BARRA RODOLFO CARLOS, op. cit. p. 249).



*relativas a la invalidez, oriundas de la citada fuente del derecho privado, puedan concebirse como principios generales del derecho ...*<sup>47</sup> (el destacado es propio).

También, en sentencia del 18 de agosto de 1987, en los autos "Sosa de Basso, María Angélica y Basso, María Cristina c/Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de Junín", la Corte sostuvo que *"las reglas de los arts. 1037 y siguientes del Código Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos, aunque no hayan sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, por representar una construcción jurídica basada en la justicia, son extensivamente aplicables al derecho administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina..."*<sup>48</sup>

Tales "discriminaciones", a las que alude la Corte en los distintos precedentes citados, se vinculan, principalmente, con el criterio de interés público inherente a la distinción entre los tipos de nulidades del derecho privado y su evidente inutilidad en el ámbito del derecho público.

En efecto, la nulidad absoluta o relativa regulada en el ámbito del derecho civil depende de si está en juego o no el interés público. En caso afirmativo, la sanción será

---

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Pustelnik, Carlos A. y otros s/resolución de intendente municipal", Fallos 290:133, sentencia del 7-10-1975 (consid. 3°).

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos Sosa de Basso, María Angélica y Bassi María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia y Municipalidad de Junín, Fallos: 310:1578, sentencia del 18-08-1987.



la nulidad absoluta, y para el caso de que sólo se comprometa el interés particular, la sanción será de nulidad relativa.

Como se advierte, tal criterio resulta inaplicable para la distinción de las nulidades en el ámbito del derecho público, por cuanto el interés público, como tal, es inherente a las funciones estatales y, por consiguiente, siempre estará presente.<sup>49</sup>

Así, más allá de los aspectos puntuales en torno a las nulidades del acto administrativo, lo más destacado, el aspecto más relevante que se ha derivado de la adopción de una teoría propia de la invalidez en el derecho administrativo, lo constituye el rol desempeñado por el juez.

En efecto, mientras que en el ámbito del derecho privado el juez debía declarar de oficio la nulidad absoluta (art. 1037 del Código Civil –ya derogado–), a partir de la jurisprudencia hasta aquí citada, ello dejó de ser así en el terreno del derecho administrativo.

Los argumentos invocados para fundar la imposibilidad de los jueces para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos fueron variando a lo largo del tiempo.

En el fallo "Sociedad Ganadera Los Lagos", se invocó como óbice la presunción de validez que, con categoría de principio o regla general, ostentan los

---

<sup>49</sup> Dice SILVA TAMAYO: "En el Derecho Administrativo, el interés público siempre se encuentra en juego y, es por ello, que -como después consagrara la LNPA- la construcción de una teoría de las nulidades debe partir de una base distinta" (ver, SILVA TAMAYO, GUSTAVO, *La analogía en el derecho administrativo. A propósito de la senda marcada por el fallo "Los Lagos"*, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Núm.3, cit.).



actos administrativos. Así, el razonamiento que traduce este fallo es el siguiente: Los actos administrativos, a diferencia de los actos del derecho privado, gozan de presunción de legitimidad; por consiguiente, toda nulidad requiere ser alegada y probada por la parte que la invoca; ergo, si toda nulidad debe ser alegada y probada por la parte, los jueces no pueden declararla de oficio.

De esta manera, se consagraba lo que podríamos denominar una "ultra deferencia" a favor de la Administración, simplemente por su condición de tal.

Sin embargo, tal razonamiento "cruje" al tamizarlo con la categoría de "nulidades manifiestas", receptada por la Corte para los actos administrativos en el fallo "Pustelnik", y también por el ordenamiento jurídico<sup>50</sup>. Incluso un sector de la doctrina ha sostenido, precisamente a partir de ello, dejar de considerar a la "presunción de legitimidad" como regla general de los actos administrativos.<sup>51</sup>

De esta forma, a partir de la aceptación de la nulidad manifiesta como categoría aplicable a los actos del derecho público, el silogismo propuesto por la Corte en "Los

---

<sup>50</sup> El decreto ley 16.986 prevé que "la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con **arbitrariedad o ilegalidad manifiesta**, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional...". A su turno, ello también fue incorporado en la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, previéndose en el art. 43: "*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con **arbitrariedad o ilegalidad manifiesta**, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución...*".

<sup>51</sup> Tal el caso de la postura de MAIRAL aunque, sobre el punto, coincidimos con la réplica efectuada por CASSAGNE quien postula, antes que la eliminación de la regla general, corresponde reformularla excluyendo de aquella a los actos administrativos portadores de una nulidad manifiesta (ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t.II, cit. p. 212)



Lagos” queda huérfano de su premisa inicial, lo que determinó la invocación de otros argumentos que impedían la declaración de nulidad de oficio por parte de los jueces: el principio de división de poderes y el derecho de defensa de las partes.

#### II.4. El cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: de la deferencia al control de convencionalidad

No obstante, en fallos posteriores de la Corte, estas razones también fueron debilitándose, principalmente a partir de las disidencias de los ministros Fayt y Belluscio. En efecto, en los autos “Juzgado de Instrucción Militar Nro. 50 de Rosario”<sup>52</sup> donde el Máximo Tribunal, por mayoría, sostuvo que *“los jueces no pueden declarar de oficio, sino a petición de parte, la inconstitucionalidad de las leyes”*, la disidencia –en los votos de los ministros referidos- expresó los pilares de los argumentos que luego –modificada la composición de la Corte- determinarían el cambio de la jurisprudencia.

En tal oportunidad, la disidencia señaló: *“no puede verse en la admisión de esa facultad (se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de oficio) la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que, si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre*

---

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Juzgado de Instrucción Militar nº 50 de Rosario”, Fallos 306:303, sentencia del 24-04-1984.



*los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso...".<sup>53</sup>*

Como adelantáramos, al modificar su integración, ya en el 2001, la Corte modifica su jurisprudencia, de conformidad con los argumentos de aquella minoría, al resolver el caso "Mill de Pereyra, Rita Aurora c. Provincia de Corrientes".<sup>54</sup>

Tal criterio, pregonado respecto de las leyes, es luego aplicado por la Corte a fin de declarar, de oficio, la nulidad de los actos administrativos. Ello ocurrió en el caso "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra".<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Considerando 5° del citado precedente.

<sup>54</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa", Fallos 324:3219, sentencia del 27-09-2001.

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra", Fallos: 327:3117, sentencia del 19-08-2004



Este argumento se consolida en fallos posteriores, mereciendo especial consideración lo resuelto por el Tribunal en el caso "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios."<sup>56</sup>

En este caso, la Corte, luego de reiterar lo dicho en "Mill de Pereyra" señaló:  
*"Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20); y que "Se advirtió también en "Mazzeo" que la CIDH "ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están*

---

<sup>56</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios", Fallos 335:2333, sentencia del 27-11-2012.



*sometidos ella, lo que les obliga velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "[en] otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21) ...".*

Como se advierte, el cambio en la jurisprudencia de la Corte tiene como eje el rol que los jueces están llamados a desempeñar a fin de mantener el imperio de la Constitución, admitiendo un escrutinio más severo, sumando al control de constitucionalidad, el de convencionalidad.

Es importante advertir, por cuanto ello es relevante respecto al objeto de este estudio, que el dinamismo de la jurisprudencia referida a la teoría de la invalidez administrativa, se ha traducido –valga reiterarlo– en un rol más activo de los jueces, y con menor deferencia a la posición de la Administración en cuanto a tal.



**SECCIÓN SEGUNDA**



**III. El control judicial de la Administración y el sistema de impugnación de los actos administrativos previsto en Argentina. El sistema francés, el sistema español y el sistema norteamericano. El régimen de impugnación de los actos administrativos en la LNPA. El régimen de la denuncia de ilegitimidad y el control judicial del acto que la resuelve.**

**III.1. El desafío permanente de articular un sistema de derecho administrativo dentro del sistema constitucional.**

Resulta razonable que el punto de partida para el análisis de cualquier institución del derecho público sea la Constitución Nacional. Y, claro está, el derecho administrativo, como rama jurídica que integra el derecho público, se configura a partir de una serie de instituciones jurídicas que, en función de lo expuesto, encuentran –o, al menos, deberían encontrar– su razón de ser y justificación en normas constitucionales. Una de estas instituciones es el relativo al control judicial de la Administración.

Así, útil es advertir que, a la hora de establecer el sistema de control de la Administración el constituyente nacional optó por atribuir dicho rol al Poder Judicial,



siguiendo el modelo de la constitución estadounidense.<sup>57</sup> En efecto, el art. 116 de la CN establece un principio general indudable, en tanto atribuye a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los demás tribunales inferiores el conocimiento y decisión de *todas* las causas donde la Nación sea parte.<sup>58</sup>

Es claro que bien pudo elegirse otro sistema, como por ejemplo el vigente en Italia o en Francia donde, como veremos, la Administración es juzgada por órganos administrativos, como es el caso del Consejo de Estado.<sup>59</sup> Sin embargo, como apuntáramos, el constituyente argentino replicó el modelo seguido en los EEUU, tal como puede advertirse en el contenido de nuestra Constitución Nacional.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Sin perjuicio de ello, no desconocemos la aguda observación de Cassagne en cuanto a la influencia de las instituciones hispánicas (principalmente de Aragón y de Castilla) en el sistema judicialista argentino (ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Sistema Judicialista y la llamada judicialización de la actividad de la Administración Pública*, Civitas : revista española de derecho administrativo. 2007. 133. p. 5-28.

<sup>58</sup> La Constitución de los EEUU, en su art.3, sección segunda, punto 1. establece: *"El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros."*

<sup>59</sup> Además de ejercer una función de asesoramiento del Gobierno para la preparación de los proyectos de ley, de las ordenanzas y de ciertos decretos, el Consejo de Estado es también el juez administrativo supremo: es el máximo juez de las actividades del poder ejecutivo, de las colectividades territoriales, de las autoridades independientes y de los establecimientos públicos administrativos o de los organismos que disponen de prerrogativas del poder público. También es el administrador general de los tribunales administrativos de las Cortes administrativas de Apelación

<sup>60</sup> ALBERDI, en su obra "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", reiteradamente toma el modelo de la Constitución de los EEUU, e incluso de algunas anteriores que sirvieron de base a aquélla. Así, por ejemplo, señala: *"He seguido el método más simple, el más claro y sencillo a que naturalmente se prestan los objetos de una constitución. ¿Qué hay, en*



De tal forma, si tomáramos como expresión modélica la pirámide jurídica kelseniana,<sup>61</sup> la coherencia de un sistema jurídico se cumple en tanto el resto de las normas jurídicas se estructuren, también jerárquicamente, respetando el sistema y los roles propuestos por la Constitución Nacional.<sup>62</sup> De igual manera, las distintas disciplinas jurídicas del derecho público, en tanto expresiones científicas, están obligadas a mantener igual coherencia, y estructurar sus instituciones más importantes teniendo en cuenta, precisamente, el marco jurídico constitucional.

Sin embargo, ello parecería no haber sido así en el derecho administrativo argentino. En efecto, tal como lo ha señalado reiteradamente la doctrina,<sup>63</sup> esta rama

---

*efecto, en una constitución? Hay dos cosas: primero, los principios, derechos y garantías, que forman las bases y objeto del pacto de asociación política; segundo, las autoridades encargadas de hacer cumplir y desarrollar esos principios. De aquí la división natural de la Constitución en dos partes. **He seguido en esta división general el método de la Constitución de Massachusetts, modelo admirable de buen sentido y de claridad, anterior a las decantadas Constituciones francesas, dadas después de 1789, y a la misma Constitución de los Estados Unidos...***". Un excelente estudio sobre la relación entre el sistema constitucional norteamericano y el de nuestro país puede verse en: BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires: Zavallá, 1951, p. 33.

<sup>61</sup> Es claro que la cita de Kelsen es al sólo efecto de poner en evidencia la coherencia de un sistema, lo que no quiere decir que se coincida con la idea o con el esquema que propone este autor; bien podríamos, por ejemplo, tomar el modelo propuesto por Hart en cuanto a las condiciones de validez y pertenencia de las normas superpuestas.

<sup>62</sup> NINO, refiriéndose al rol de la Constitución en la determinación de la validez de las demás normas jurídicas y de su pertenencia a un orden jurídico, dice "*Sea que la Constitución sea el último parámetro de esa validez y pertenencia –si ella se identifica con la regla de reconocimiento de Hart-, o sea que su validez y pertenencia deba depender de una norma supuesta –como es la norma básica de Kelsen-, lo cierto es que la Constitución determina qué otras normas son válidas y pertenecen al sistema jurídico gracias a su posición jerárquica en la "pirámide jurídica"* (Conf. NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de derecho constitucional*, 3era reimpresión, Astrea, Bs. As. 2005, p. 674).

<sup>63</sup> Ver MAIRAL, HÉCTOR, *Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino*, Estudios de Derecho Administrativo II, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1992.



del derecho reconoce influencia directa del derecho administrativo francés, por conducto del derecho administrativo español.<sup>64</sup>

La cuestión no pasaría de lo simplemente anecdótico o, si se quiere, de lo académico, si el sistema constitucional francés resultara similar al estadounidense o al argentino; sin embargo, existen notables diferencias entre el régimen constitucional de Francia y el previsto en nuestro país.

Baste señalar, por ejemplo, que en Francia –a diferencia de lo que ocurre en nuestro país- la Constitución no prevé un poder judicial que tenga como función controlar a la Administración. Incluso, en aquel sistema, es el propio presidente de la república quien debe garantizar la independencia de la *autoridad judicial*;<sup>65</sup> lo cual ciertamente se vería dificultado si la independencia de quien debe controlar depende del controlado. También el control de constitucionalidad de las leyes en Francia es totalmente diferente al que rige en Argentina.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Ver BIANCHI, ALBERTO, *Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad*, publicado en *Cuestiones de derecho administrativo*, RAP, 2006.

<sup>65</sup> El art. 64 de la Constitución de Francia establece: "El Presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial."

<sup>66</sup> En efecto, tal como lo establece el art. 65 de la Constitución francesa, en aquel país el control de constitucionalidad es preventivo y sólo se activa a instancia de quienes están específicamente designados por la Constitución. El art. 61 de la Constitución, en lo pertinente, establece: "**Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores...**"



De allí que el derecho constitucional vigente en Francia resulte totalmente diferente al de nuestro país. Así, el derecho administrativo vigente en aquel país y, en particular, el sistema previsto para controlar a la Administración, que luego veremos, resulta compatible con aquel derecho constitucional.

De esta manera, y como ya adelantáramos, en Argentina tenemos un sistema mixto que, cabe presumir, presentará ciertas asimetrías, en tanto contiene instituciones propias de un derecho administrativo que, para ser compatibles con nuestro derecho constitucional, deben de alguna forma ser "forzadas".<sup>67</sup> En efecto, tales instituciones tienen su razón de ser en aquel sistema constitucional; en el nuestro, han sido repetidos con cierta letanía por un sector de la doctrina y, así, invocados por la propia Administración en su quehacer cotidiano. Y muchos operadores jurídicos (jueces,

---

<sup>67</sup> No desconocemos la posición sostenida por CASSAGNE quien, sobre el punto, advierte: "Hay que advertir que la circunstancia de que el Derecho Administrativo argentino, en sus principales construcciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no haya mantenido una total fidelidad al modelo norteamericano **no implica contradicción alguna**, no sólo por razones que hacen a la diversidad de sus fuentes sino también porque no existe en la Constitución norma ni principio que se oponga a la construcción de un sistema propio y original, basado en la yuxtaposición de fuentes vernáculas, hispano-americanas y europeas, en el marco del molde constitucional que consagra el sistema presidencialista, la forma federal de gobierno y las reglas de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, que los constituyentes abrevaron en la fuente constitucional norteamericana (lo cual, obviamente, nadie ha puesto en duda), siguiendo la propuesta que Alberdi formuló en las Bases" (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El acceso a la justicia administrativa*, La Ley, Buenos Aires, 2004). Sin perjuicio de reconocer el acierto de este autor sobre el punto, creemos que, como más adelante expondremos, las diferencias se manifiestan en el rol que los jueces acabarán desempeñando en ambos sistemas.



funcionarios), probablemente “anestesiados” por aquella repetición sin fin, acaban por prestar anuencia a conceptos y prácticas inconciliables con nuestra Constitución.<sup>68</sup>

Tomemos, por ejemplo, el agotamiento de la vía administrativa: nacida en Francia como un puente de plata para vencer la doctrina del “ministro-juez” y asegurar la jurisdicción del Consejo de Estado, en Argentina significa una carrera de obstáculos, perdida antes de empezar. La batalla por el derecho ganada en Francia es la guerra perdida en la Argentina.

Por otra parte, el sistema previsto para el control de los actos administrativos vigente en los EEUU, presenta rasgos conceptualmente diferentes al que rige en Argentina. Sobre todo, y como veremos más adelante, en cuanto al rol que desempeña el juez.

Probablemente una visión comparada entre los distintos sistemas –el previsto en Francia y en España y el que rige en los EEUU- resulte una premisa útil, para luego,

---

<sup>68</sup> Conceptos como “régimen exorbitante”, “prerrogativas de poder público”, suelen ser invocados y aplicados sin mayor reparo a casos donde, en rigor, no siempre son aplicables, utilizándose para restringir derechos, sin una idea precisa de cuál es el alcance o las consecuencias que generan para el caso concreto. Se revela así, casi como un resabio de la posición de los jueces frente a la Administración en el sistema francés. Las palabras de WEIL, refiriéndose al rol que finalmente le hubo de tocar a los jueces en aquel país, son más que ilustrativas: *“el poder judicial, cuya misión natural es la de resolver las controversias y precisando el derecho aplicable, salía debilitado y disminuido. Será tal el temor a que el juez pudiese ‘interferir la actividad de los cuerpos administrativos’ que incluso ni el propio juez administrativo se reconocerá jamás el derecho de dar órdenes formales a la administración: la comparación con el juez ordinario anglosajón, que puede dar órdenes a los agentes públicos, resulta elocuente”*.



a partir de sus conclusiones, abordar el análisis del régimen previsto en nuestro país para el control de los actos administrativos.

### III.2. El control de los actos administrativos en Francia:

Como adelantáramos, en este país existe un sistema de doble jurisdicción: administrativa y judicial. De esta manera, corresponde a la jurisdicción administrativa el conocimiento y decisión de todas las causas donde se cuestione la validez de los actos administrativos, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria resolver los conflictos entre los particulares.

Tal circunstancia responde a la evolución política y social ocurrida en Francia que, desde los albores de su república, ha instrumentado un sistema sustentado en una peculiar interpretación del principio de división de los poderes, que derivó —según recuerda WEIL— de las luchas subterráneas sostenida en el *Ancien Régime* contra los intentos de la monarquía para modernizar la administración y reformar la sociedad.<sup>69</sup>

Así, por la ley 16 del 24 de agosto de 1790, se eliminó, de manera tajante, todas las situaciones que fuesen susceptibles de permitir que los tribunales de justicia desafiasen a la autoridad del Estado: *“las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no*

---

<sup>69</sup> WEIL, PROSPER, *Derecho administrativo*, cit. p. 39.



*podrán, so pena de prevaricación, interferir por ningún medio la actividad de los cuerpos administrativos, ni citar a juicio a los administradores por razón de sus funciones.”*

Sustraída, entonces, de la jurisdicción ordinaria, la administración procedió ella misma a efectuar el control de sus propios actos. En ese contexto surge, en el seno mismo de la Administración, el Consejo de Estado que será el órgano encargado de resolver las controversias de los particulares con el Estado.

Valga señalar, además, que en los casos donde se presente un conflicto de competencia entre ambas jurisdicciones, éste es resuelto por el Tribunal de Conflictos, a quien se lo ha calificado como el “guardián del principio de separación de poderes”.<sup>70</sup>

De todas maneras, la premisa básica que activa la jurisdicción administrativa consiste en la existencia de una decisión administrativa previa. **Sin ese acto administrativo, no hay jurisdicción.** Así, el análisis debe partir efectuando una referencia al célebre caso “Cadot”<sup>71</sup>, en tanto allí no sólo se analizó la jurisdicción del Consejo de Estado, sino también la exigencia de la decisión previa. El caso era el siguiente:

---

<sup>70</sup> WEIL, PROSPER, *Derecho administrativo*, cit. p. 148.

<sup>71</sup> Consejo de Estado Francés (CE). Francia, caso “Cadot”. Rec. 1148, sentencia del 13-12-1889 (concl. Jagerschmidt).



La ciudad de Marsella había suprimido el empleo de ingeniero director de caminos y acueducto de la ciudad y el titular de ese empleo le reclamó daños y perjuicios; el municipio había rehusado aceptar esta reclamación, y el señor Cadot presentó demanda ante los tribunales ordinarios que se declararon incompetentes estimando que el contrato que lo vinculaba a la ciudad no tenía el carácter de contrato civil de arrendamiento de servicios; luego se dirigió al Consejo de prefectura quien a su vez se declaró incompetente por cuanto la demanda no se fundaba en la ruptura de un contrato relacionado con la ejecución de obras públicas. Entonces Cadot se dirigió al ministro del Interior quien le respondió que, si el Consejo Municipal de Marsella no había acogido su demanda de indemnización, él no podía por sí mismo darle un curso diferente. Fue precisamente esa negativa la que el señor Cadot sometió al Consejo de Estado.

El Consejo de Estado resolvió que el ministro había tenido razón en abstenerse de decidir sobre asuntos “que en efecto no eran de su competencia” y que competía al Consejo de Estado conocer del litigio nacido entre la ciudad de Marsella y el señor Cadot.

Para la doctrina francesa, este fallo —aclarado por las conclusiones del comisario del gobierno Jagerschmidt—, “*marcó en verdad una etapa capital en la evolución del contencioso administrativo, al dar el golpe de gracia a la teoría*



*llamada del ministro-juez y haciendo del Consejo de Estado el juez de derecho común del contencioso administrativo.*"<sup>72</sup>

En efecto, el comisario de gobierno sostuvo que: *"donde quiera que exista una autoridad que tenga un poder de decisión propio, que pueda expedir decisiones administrativas ejecutoriadas, un debate contencioso puede nacer y puede ser sometido directamente al Consejo de Estado: basta para ello que el debate nazca por efecto de una decisión de la autoridad administrativa expedida en el litigio"*. Así, los recursos contenciosos administrativos, por regla general, deben ser dirigidos contra una decisión administrativa previa, pero la Administración perdió su función jurisdiccional.

Por el fallo "Cadot" el Consejo de Estado se reconoció juez de derecho común en primera y última instancia, de los recursos de anulación de los actos administrativos y de los recursos de plena jurisdicción deducidos contra los actos dictados por las entidades públicas. Fue gracias a este fallo que, según la doctrina, se pudo desarrollar toda la jurisprudencia administrativa.<sup>73</sup>

Como bien recuerda WEIL, si bien en un principio se concebía el principio de separación de poderes como una máquina de guerra dirigida contra los tribunales

---

<sup>72</sup> LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ, GENEVOIS, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, cit. p. 22.

<sup>73</sup> LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ, GENEVOIS, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, cit. p. 23. Ver también, como pauta de evolución de la jurisprudencia administrativa, Consejo de Estado Francés, (CE). Francia, caso "Terrier". Rec. 94, sentencia del 6-2-1903 (concl. Romieu)



judiciales de los que se temía la intrusión indiscreta en la marcha de la administración, contemporáneamente se ha disipado tal temor, habiendo perdido el principio de separación el carácter agresivo que tenía frente a la jurisdicción judicial. Por el contrario, continúa este autor, la sumisión al derecho privado de una parte creciente de la acción administrativa, ha hecho posible —en virtud del principio de la ligazón entre competencia y fondo-, la restitución a los tribunales de una parte importante del control jurisdiccional de la acción administrativa.<sup>74</sup>

En definitiva, puede señalarse que si bien en este sistema no se exige el agotamiento de la vía como requisito para acceder a la instancia contencioso administrativa, para que tal instancia sea abierta, es necesario que haya un acto administrativo.<sup>75</sup> Con ello, el tránsito por la vía resultaría obligatorio a fin de provocar el dictado del acto,<sup>76</sup> sin perjuicio de destacar que esta exigencia, según lo ha precisado la doctrina, no es de orden público.<sup>77</sup>

No obstante, una vez obtenido el acto —la decisión previa- el recurso jerárquico contra aquél resulta optativo. Reafirmando ello, dicen BRAIBANT y STIRN que el

---

<sup>74</sup> WEIL, PROSPER, *Derecho administrativo*, cit. p. 147

<sup>75</sup> Se exige que haya una *decisión de prealable* (acto previo). Esta decisión es la materia principal del debate contencioso, si no existe es necesario que la parte la provoque a fin de proceder, luego, a su impugnación.

<sup>76</sup> Así, resulta similar a la exigencia, en Argentina, del reclamo administrativo previo.

<sup>77</sup> BIANCHI, ALBERTO, *Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad*, publicado en *Cuestiones de derecho administrativo*, RAP, 2006, p. 861 y ss.



recurso obligatorio previo es contrario a las tradiciones administrativas y jurídicas francesas.<sup>78</sup>

En función de ello, resulta pertinente aclarar que en este sistema existen, en principio, dos tipos de recursos. El denominado recurso "administrativo" y el recurso "contencioso". El primero de ellos es aquel que se interpone ante la autoridad administrativa de la que emanó el acto, y se denomina recurso "gracioso" o jerárquico. Por su parte, el recurso contencioso procede ante los tribunales administrativos o ante el Consejo de Estado según el caso. El primero –similar a nuestro recurso jerárquico– es *optativo*<sup>79</sup>. El recurso "contencioso" es el equivalente a nuestra acción judicial de impugnación.

### III.3. El control de los actos administrativos en España.

En este sistema resulta obligatorio agotar la vía administrativa mediante los recursos administrativos previstos en la norma, en forma previa al control judicial. Para acudir a dicho control es necesario, además, hacerlo dentro del plazo previsto por la ley.

---

<sup>78</sup> BRAIBANT, GUY y STIRN, BERNARD, *Le droit administratif francais*, 5a. ed., París, Dalloz, 1999, p. 511.

<sup>79</sup> Ello no obsta, claro está y de hecho ocurre, que el ordenamiento jurídico otorgue, a determinado tipo de recursos administrativos, el carácter de obligatorio; pero el principio general es que resulta optativo.



En efecto, la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa prevé, en su art. 25, que *“el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública **que pongan fin a la vía administrativa**, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”* (énfasis agregado).

Por su parte, el art. 46 dispone que *“el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.”*

A su turno, la Ley 39/2015,<sup>80</sup> que regula el “Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” dispone, en su art. 112, que *“Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento,*

---

<sup>80</sup> Boletín Oficial del Estado de 02-10-2015



*producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, **podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.***" (la negrita es propia). La resolución que resuelve el recurso de alzada agota la vía administrativa.<sup>81</sup>

En cuanto al plazo y efectos, el art. 122 establece que el recurso de alzada deberá interponerse en el plazo de un mes, si el acto fuera expreso. A renglón seguido, advierte que: *"transcurrido dicho plazo sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos"*. La Administración debe resolver el recurso dentro de los tres meses; si no lo hace, el particular puede entender que su recurso ha sido desestimado.

Como podrá advertirse en el análisis que luego realizaremos del marco normativo vigente en nuestro país, el sistema argentino es prácticamente una copia exacta del vigente en derecho español.

Por consiguiente, resulta interesante indagar acerca de la evolución del marco normativo que regula el control de la Administración en España, siendo que, al cabo de su análisis, podrá advertirse la indudable influencia que tuvo en este país el régimen

---

<sup>81</sup> Art. 114, inc. 1.a).



administrativo vigente en Francia. Y de esta manera, por carácter transitivo, el influjo que aquél acabó teniendo en nuestro país.

Recuerda GONZÁLEZ PÉREZ, que la ley del 13 de septiembre de 1888 culminó un lento proceso marcado por los cambios políticos. Este proceso, iniciado por el proyecto de Ley de Organización y atribuciones de los Consejos Provinciales presentado en el Congreso el 12 de noviembre de 1798 fue, para algunos, el primer destello de la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>82</sup>

La ley española de 1888 fue el resultado transaccional entre dos posturas vigentes en la época: aquella que pretendía mantener la idea francesa de jurisdicción retenida –por lo que debía ser la propia Administración quien juzgara la validez de sus propios actos- y aquellos que consideraban que el control debía ser asignado al poder judicial. Así lo señala GONZÁLEZ PÉREZ: “...*fue Santamaría de Paredes quien ideó una fórmula de transacción entre los criterios en pugna, consistente en atribuir el conocimiento de las pretensiones administrativas a órganos formados, en parte, por personal administrativo y, en parte, por personal judicial, los cuales ejercerían funciones de jurisdicción delegada...*”.<sup>83</sup>

Más elocuente aún es lo afirmado por SARMIENTO ACOSTA quien, refiriéndose expresamente a esta ley, señala “*esta Ley [alude a la ley 1888] implicó (...) la opción*

---

<sup>82</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Evolución de la legislación contencioso administrativa*, Revista de la Administración Pública N° 150, Madrid, 1999, p. 209-238

<sup>83</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Evolución de la legislación contencioso administrativa*, cit. Madrid, 1999.



*por una fórmula 'armónica' que consistía en establecer órganos mixtos integrados por miembros de la Administración Pública y del Poder Judicial, así como el paso definitivo a una jurisdicción delegada. En una visión superficial, podría observarse un camino de relieve, pues parece que se pasa a un modelo en el cual los actos administrativos se controlan por órganos que salen, al menos parcialmente, de los tentáculos del Poder Ejecutivo, para situarse en una zona intermedia -y ambigua-, que no entra, por lo demás, en la esfera íntegra del Poder Judicial (...). Sin embargo, esto es sólo eso: una aproximación superficial, ya que si se profundiza un poco se observa que el control efectivo sobre la Administración Pública brillaba por su ausencia en ámbitos muy amplios de actuación (...). Si a ello se le añade que la jurisprudencia española no alcanzó a seguir la rica evolución del Consejo de Estado francés, que, poco a poco, pero de forma inexorable, fue aquilatando y depurando un conjunto de instrumentos que no sólo enriquecieron notablemente a la Ciencia del Derecho Administrativo, sino que ayudaron a preservar mejor los derechos e intereses legítimos de los particulares, se comprende que de facto se produjo una separación, un apartamiento del modelo francés, separación que implicó un retraso sustantivo en el control de la actuación de las Administraciones Públicas españolas,*



*cuyas consecuencias todavía no se han logrado superar de forma plena y efectiva... ”.*<sup>84</sup>

Sin perjuicio de ello, y retomando la evolución de la legislación contencioso administrativa en España, con posterioridad a la ley de 1888, se sancionó la ley del 22 de junio de 1894, que reorganizó el Consejo de Estado. Dice González Pérez que esta ley “tuvo el indudable mérito de lograr la creación de una verdadera jurisdicción administrativa y, en consecuencia, de un proceso administrativo, con las consiguientes ventajas en orden a garantizar la justicia administrativa.”<sup>85</sup>

Con posterioridad al período de la dictadura y luego del retorno de la república, cabe citar la ley del 27 de diciembre de 1956 que, al decir de García de Entrerría, fue el verdadero origen del derecho administrativo español moderno, en tanto, al crear la jurisdicción contencioso administrativa,<sup>86</sup> cumplió pasos decisivos en su especialización, abriendo ámbitos de protección que el recurso francés de exceso había ya ganado definitivamente.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> SARMIENTO ACOSTA, MANUEL J., *En los límites del Estado de Derecho: Un análisis de la justicia administrativa*, Colección Ciencia y Pensamiento Jurídico. Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2013., p. 58.

<sup>85</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Evolución de la legislación contencioso administrativa*, cit. Madrid, 1999.

<sup>86</sup> Según GONZÁLEZ PÉREZ, hasta ese momento existía el sistema mixto que era una “parodia de jurisdicción” (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Evolución de la legislación contencioso administrativa*, cit. Madrid, 1999.)

<sup>87</sup> GARCÍA DE ENTRERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997.



La sanción de la Constitución en 1978, determinó la necesidad de una nueva mirada respecto del proceso administrativo; en particular, a partir de la incorporación, ahora con rango constitucional, del derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien la doctrina de la época no resultaba uniforme, comenzaron a plantearse algunas cuestiones centrales del proceso administrativo vigente hasta ese entonces.

Así, un sector de la doctrina que entendía que la nueva Constitución determinaba el establecimiento de un nuevo paradigma, entendió que aquél debía partir de una reformulación de todo el proceso administrativo. Por ejemplo, SORIANO, señalaba que *“la configuración de todo el proceso contencioso como proceso revisor, junto con el lamentable sistema de ejecución de sentencias y la falta de medidas cautelares, impedían en nuestro orden procesal que el juez contencioso español pudiera llegar a manejar los poderes que, allende nuestras fronteras, se habían ido consolidando en torno al juez administrativo de una manera natural...”*. Y agregaba: *“Tal situación ha cambiado a partir de la Constitución. Con la ayuda indiscutible de la doctrina del Tribunal Constitucional, el juez contencioso ha comenzado a romper las cadenas de la petrificada doctrina anterior y, audazmente, ha comenzado a ejercitar con más soltura sus poderes...”*.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> SORIANO, JOSÉ EUGENIO, *Los poderes del juez. La ley y la reforma del contencioso*, Revista de la Administración Pública N° 124, Madrid, 1991.



A su turno, FERNÁNDEZ MONTALVO, en similar sentido, afirmaba: *"Las consecuencias de los artículos 24.1,<sup>89</sup> 106.1<sup>90</sup> y 117.3<sup>91</sup> CE en el ámbito contencioso-administrativo han sido de tal magnitud que permiten hablar, incluso, de una nueva concepción superadora de la idea tradicional de un proceso al acto o de mera protección de la legalidad objetiva..."*.<sup>92</sup>

En este contexto, nace la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 13 de julio de 1998 que, sin embargo, no se encuentra exenta de críticas. Recuerda, en ese sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, la polémica entre los coautores del anteproyecto en estudio; el debate se centraba en que algunas normas contenidas en la ley *"suponían un retroceso en la línea de las garantías jurisdiccionales del ciudadano"*.<sup>93</sup> Finalmente, el proyecto fue igualmente sancionado.

Sin duda alguna, que la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva ha impactado fuertemente en la ley que regula el proceso administrativo en este país. La tensión que caracterizó los orígenes de la legislación, continúa, sin embargo,

---

<sup>89</sup> Art. 24.1: *"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"*.

<sup>90</sup> Art. 106.1: *"Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican"*.

<sup>91</sup> Art. 117.3: *"El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan"*.

<sup>92</sup> FERNÁNDEZ MONTALVO, RAFAEL, *"Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo"*, en *Incidencia de la Constitución en el proceso contencioso-administrativo*, «Cuadernos de Derecho Judicial», Consejo General del Poder Judicial, XI, 1992, p. 179.

<sup>93</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Evolución de la legislación contencioso administrativa*, cit. Madrid, 1999



manifestándose en el sostenimiento de algunos paradigmas contrarios a los principios que surgen de la Constitución.

Ello ha sido advertido por el Tribunal Constitucional quien, invocando el principio *pro actione* y el derecho a la tutela judicial efectiva, ha bregado por el abandono de criterios excesivamente rigoristas o formales, al tiempo de analizar los recaudos que condicionan el acceso a la jurisdicción.<sup>94</sup>

Como luego veremos en oportunidad de analizar el régimen vigente en nuestro país, la tensión apuntada, y el sostenimiento de algunos de los paradigmas arcaicos descriptos en esta legislación -propios de su época pre constitucional y producto de la tensión política derivada de las distintas posturas políticas referidas al sistema de control de la Administración- siguen en la Argentina más vigentes que nunca.

---

<sup>94</sup> Tribunal Constitucional de España, España, Sentencia 112/2002 del 6 de mayo (BOE, núm. 134, de 5 de junio de 2002), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4648>, en fecha 13-04-2021. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 81/2018 del 16 de julio (BOE núm. 199 del 17 de agosto de 2018), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25713> el 13-04-2021; sentencia 47/2020 del 15 de junio (BOE núm. 196 del 18 de julio de 2020), consultado <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25713> el 13-4-2021 y sentencia 141/2020 del 19 de octubre (BOE núm. 305 del 20 de noviembre de 2020), consultado <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26458> el 13-04-2021.



Ello, a pesar de lo dificultoso que resulta compatibilizar los paradigmas apuntados con el diseño constitucional argentino que, como se expresara, ha tomado como modelo el vigente en los Estados Unidos de Norteamérica.

Por ello, el análisis del sistema del control de la Administración en aquel país resultará indispensable a fin de completar la mirada comparada, para luego sí adentrarnos en el régimen vigente en nuestro país.

#### III.4. El control de los actos administrativos en EEUU.

En este sistema, las relaciones entre el Estado y los particulares no se rigen por un cuerpo especial de reglas, normas y privilegios —como ocurre, por ejemplo, y como hemos visto, en Francia— sino que el sistema normativo alcanza, como regla general, a ambos por igual.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Refiriéndose a las diferencias que observa entre el régimen del "rule of law" y el "droit administratif of France", señala DICEY: "The first of this notions is that the government, and every servant of the nation, a whole body of special rights, privileges, or prerogatives as against private citizens, and that the extent of these rights, privileges or prerogatives is to be determined on principle different from the considerations which fix the legal rights and duties of one citizen towards another. An individual in his dealings with the state does not, according to French ideas, stand on anything like the same footing on which he stands in dealings with his neighbour." (DICEY, ALBERT VENN, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Elibron Classics, 2005, p. 327)



Si bien el sistema vigente exige el agotamiento de la vía administrativa, este recaudo ha encontrado su justificación en la necesidad de distribuir en forma eficiente las responsabilidades entre los tribunales y los entes administrativos.

En este sentido, resulta insoslayable aludir a dos aspectos fundamentales que deben advertirse al tiempo de analizar el agotamiento de la vía administrativa: a) la madurez (ripeness) del acto sujeto a revisión judicial y; b) la doctrina de la jurisdicción primaria.

Ambos aspectos —cuya diferencia fue oportunamente explicada por la Corte Suprema<sup>96</sup>— han sido calificados por SCHWARTZ como “dos caras de una misma moneda” y tienden a determinar cuando la acción puede ser presentada inicialmente ante los tribunales, o cuando debe procederse en los entes administrativos, distinguiéndose entre la jurisdicción inicial —*initial jurisdiction*— y la jurisdicción revisora. A su turno, la regla del agotamiento permite determinar si la actividad en sede de la administración ha sido satisfecha de modo tal que un juez pueda intervenir.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup>Justicia vs. Supreme Court (U.S.A) Unites States v. Western Pacific Railroar, 352 U.S. 59, decided december 3 (1956) consultado en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/352/59> el 14-04-2021.

<sup>97</sup> Así, refiriéndose a estos aspectos, destaca SCHWARTZ: “*They are two sides of the timing coin: Each determines whether an action may be brought in a court or whether an agency proceeding, or further agency proceeding, is necessary. The basic difference is that primary jurisdiction determines whether a court or an agency has initial jurisdiction: exhasution determines whether review may be had of agency action that is not the last agency word in the matter...*” (Ver SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, cit., p. 524.



III.4.a) La madurez del acto sujeto a revisión:

La exigencia de que una decisión sujeta a revisión judicial se encuentre “madura” (ripe for review) implica que aquella sea concreta, y produzca un efecto adverso, toda vez que el propósito de esta exigencia es utilizar a la maquinaria judicial para problemas reales, actuales o inminentes, y no para cuestiones abstractas o hipotéticas.

Señala TAWIL que el elemento esencial para considerar “maduro” el obrar administrativo es la presencia en él de una determinación que afecte en forma definitiva intereses específicos de quien busca el auxilio de la Justicia.<sup>98</sup>

Este elemento aparece con claridad, continúa este autor, cuando se persigue la ejecución de una decisión o regla considerada ilegítima, y aun cuando se requieran procedimientos posteriores para llevar adelante tal ejecución o su solución pueda ser conseguida en sede administrativa. *No se presenta, por el contrario, en el supuesto en que el obrar se encuentra todavía pendiente de revisión en sede administrativa.*<sup>99</sup>

De ello podría también derivarse un interrogante en los siguientes términos: encontrándose pendiente de revisión un acto administrativo, a fin de que revista la

---

<sup>98</sup> TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, Tomo II, cit. p. 123.

<sup>99</sup> TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, Tomo II, cit., p. 123.



condición de “maduro”, para poder ser luego controlado judicialmente: ¿tal acto podría ser ejecutado?

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en los supuestos en que la utilización del remedio administrativo es imprescindible, la falta de agotamiento de tal instancia trae aparejada, por lo general, el rechazo de la acción promovida y la imposibilidad de impugnar la conducta viciada en el futuro.

No obstante ello, cabe aclarar que la exigencia de agotar la vía administrativa no puede redundar en una limitación inadecuada de las garantías de los administrados o de las facultades de los órganos judiciales; ello, por cuanto la justificación de la existencia de la instancia administrativa no proviene de la sustracción al conocimiento judicial, sino del hecho que ese procedimiento *pre-contencioso* —típicamente de conciliación— se encuentra destinado a evitar eventuales disputas entre la Administración y los administrados y, de no ser ello posible, a facilitar una mejor y más acabada comprensión de la controversia por parte de los tribunales.

#### III.4.b) La doctrina de la jurisdicción primaria:

Siendo que, como apuntáramos, la noción del agotamiento de la vía —a fin de obtener el acto maduro— tiende a prevenir una interferencia judicial prematura en el procedimiento administrativo, la doctrina de la jurisdicción primaria evita la



intervención judicial cuando los procedimientos administrativos no han comenzado; como si se tratara de una cuestión prejudicial.

Bajo esta perspectiva, recuerda TAWIL, su función radica en guiar a los tribunales para que ellos puedan determinar si deben abstenerse de intervenir hasta tanto la Administración haya dilucidado una cuestión o un aspecto de ella. En consecuencia, determinado que un ente administrativo cuenta con jurisdicción primaria, los tribunales se ven impedidos de resolver disputas relacionadas a la decisión sometida a la jurisdicción del ente, hasta tanto éste la haya resuelto.<sup>100</sup>

De ello también se deriva que, una vez decidida la cuestión por el ente, la acción judicial articulada para revisar lo resuelto, carece de efectos suspensivos.

Sin perjuicio de lo expuesto, valga señalar que, más allá de las exigencia del "ripeness" y de la "primary jurisdiction", lo cierto es que lo característico de este sistema es que, a diferencia de nuestro ordenamiento, en donde —como veremos más adelante— existen reglas generales, en el derecho administrativo norteamericano el *exhaustion of administrative remedies* (agotamiento de la vía administrativa) carece de un principio legalmente establecido que determine no sólo si el agotamiento es la regla o la excepción, sino también en qué casos corresponde agotar la vía administrativa. Esto —que es consecuencia natural de un derecho construido sobre la

---

<sup>100</sup> TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, Tomo II, cit., p. 134.



base de casos más que de leyes— divide a la doctrina al momento de formular las proposiciones iniciales.

En efecto, mientras autores como SCHWARTZ<sup>101</sup> y AMAN y MAYTON<sup>102</sup>, basándose en lo dispuesto por la Corte Suprema en el caso “McKart v. United States”<sup>103</sup>, entienden que la regla general es el agotamiento previo, DAVIS, en cambio, sostiene que no puede hablarse de “regla general exigida”, sino que, en todo caso, se trataría de un usual empleo de dicha exigencia.<sup>104</sup>

Más allá de este debate, cabe destacar que el leading case en esta materia es todavía el precedente “Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp”<sup>105</sup>, autoridad que unánimemente se le reconoce a este fallo.<sup>106</sup> De acuerdo con este precedente “*no one is entitled to judicial relief for a supposed or threatened injury until the prescribed administrative remedy has been exhausted*”<sup>107</sup>, esto es: nadie puede acudir a una sede

---

<sup>101</sup> Comienza diciendo este autor que la doctrina del agotamiento está bien establecida en la jurisprudencia administrativa y esta prescribe que nadie puede acudir a una sede judicial hasta tanto no se hayan agotado los remedios administrativos existentes (SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Little Brown and Company, 3rd. edition, Boston, 1991, p. 541).

<sup>102</sup> AMAN, ALFRED and MAYTON, WILLIAM, *Administrative Law*, West Publishing Company, Minnesota, 1993, p. 404.

<sup>103</sup> Justicia vs. Supreme Court (U.S.A) “McKart v. United States”, 395 U.S. 185, decided may 26 (1969), consultado en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/185/> el 14-04-2021 395 U.S. 185, 193 (1969).

<sup>104</sup> DAVIS, KENNETH C., *Administrative Law Treatise*, vol. IV, 2nd. edition, K. C. Davis Publishing Co., University of San Diego, 1983, p. 414.

<sup>105</sup> Justicia vs. Supreme Court (U.S.A) “Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp” 303 U.S. 41, decided january 31 (1938). Voto del juez Louis D.Brandeis consultado en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/303/41/> el 14-04-2021

<sup>106</sup> GELLHORN, W. –BYSE, C. – STRAUSS, P. – RAKOFF, T. – SCHOTLAND, R., *Administrative Law, Cases and Comments*, The Foundation Press, Inc. New York, 1987, p. 1084.

<sup>107</sup> Caso “Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp” citado, pág. 50/51



judicial para invocar un supuesto agravio actual o futuro sin haber agotado la vía administrativa. De modo que, aun cuando DAVIS sostiene que la regla del agotamiento depende en definitiva de la discrecionalidad de los jueces<sup>108</sup>, lo cierto es que la tendencia jurisprudencial se inclina por el agotamiento previo como requisito de la instancia judicial.<sup>109</sup>

Desde el punto de vista de la legislación vigente, la cuestión está contenida en las secciones 702 y 704 de la Administrative Procedure Act —APA—<sup>110</sup>, pudiendo señalarse que la regulación legal es muy poco precisa. En efecto, la norma se limita sólo a establecer, por un lado, el derecho a obtener la revisión judicial de los actos administrativos<sup>111</sup> y, por el otro, a exigir previo a ello el agotamiento de la vía administrativa.<sup>112</sup> Pero en modo alguno se han fijado reglas específicas para las excepciones, ni plazos generales en el procedimiento administrativo o para la promoción de la acción contencioso administrativa.

**De todas maneras, todo el sistema sigue descansando en la discrecionalidad con que los jueces lo administran.** Existe una regla general que es la del agotamiento, establecida, primero por vía jurisprudencial en “Myers”, y luego recogida en la APA, pero a partir de allí son los jueces los encargados de establecer

---

<sup>108</sup> DAVIS, KENNETH C., *Administrative Law Treatise*, vol. IV, cit., p. 434

<sup>109</sup> Justicia vs. Supreme Court (U.S.A) “Aircraft & Diesel Corp. v. Hirsch, 331 U. S. 752, decided june 16 (1947) consultado en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/331/752/> el 14-04-2021.

<sup>110</sup> USC, Título 28, Capítulo 7.

<sup>111</sup> APA Secc. 702.

<sup>112</sup> APA Secc. 704.



las excepciones, y parecería que han hecho con ellas un catálogo abierto, susceptible de ser ampliado o restringido cuando cada caso lo requiera.

En definitiva, puede señalarse que si bien existe la obligación de agotar la vía administrativa a fin de obtener la “madurez” del acto administrativo, la práctica indica que ese recurso es efectivamente resuelto y, a todo evento, siempre puede plantearse su revisión ante el juez que, según cada caso, resolverá de acuerdo a un criterio de justicia.<sup>113</sup>

### III.5. El control de los actos administrativos en Argentina

A continuación, corresponde analizar cómo es el sistema previsto en nuestro país a fin de controlar los actos administrativos. Ello nos permitirá comparar los tres sistemas y, así, poder extraer algunas conclusiones que contribuyan a precisar el contexto en el que se desarrolla el eje de la investigación propuesta.

Cabe aquí reiterar que el análisis se limitará al sistema previsto para el control de los “actos administrativos” en el sentido cuya definición ya hemos señalado, por lo

---

<sup>113</sup> Incluso, en algunos casos, aún pendiente de decisión un recurso por parte de la autoridad administrativa, habiéndose presentado el particular ante el tribunal de justicia, la agencia puede posponer la ejecución del acto (conf. Westlaw, 5. U.S.C.A. § 705).



que excluiríamos de este estudio lo atinente al sistema previsto para controlar judicialmente cualquier otra conducta estatal.<sup>114</sup>

En el orden federal, el control de los actos estatales se encuentra previsto por la ley 19.549. Esta ley, dictada por el gobierno de facto, fue sancionada, como ya se señalara, en 1972, continuando vigente desde ese momento sin mayores modificaciones.

Útil es precisar cuáles han sido los antecedentes directos de esa normativa, en tanto ello nos dará una pauta para comprender el contexto que determinó su sanción, sin perjuicio de las reflexiones que podamos efectuar respecto de su mantenimiento a lo largo del tiempo. Asimismo, reparar en lo que podríamos denominar como “impulso inicial” de nuestra jurisdicción administrativa, revelará las notas distintivas de aquella envión estructural que, a pesar del transcurso del tiempo y del esfuerzo por su adaptación, continúa indudable e indeleblemente presente.

Séanos permitido continuar en el sentido metafórico: el sistema de control de la Administración es como una flecha que, disparada en su origen con un sentido determinado, es luego objeto de medidas que se esfuerzan por reorientarla: en

---

<sup>114</sup> Excluimos así el régimen previsto para la impugnación de los actos de alcance general, los hechos y las vías de hecho y las omisiones de la Administración.



definitiva, el nacimiento del proceso administrativo estará signado por un esfuerzo correctivo permanente.<sup>115</sup>

El primer código procesal contencioso administrativo vigente en la Argentina fue sancionado en la provincia de Buenos Aires mediante la ley 2961<sup>116</sup>. Esta ley, del 22 de diciembre de 1905, aprobó –con algunas modificaciones- el proyecto de Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo, elaborado por Luis V. Varela,<sup>117</sup> cuya labor le fuera encomendada por quien en ese entonces se desempeñaba como gobernador de la provincia de Buenos Aires –Marcelino Ugarte- mediante decreto provincial del 6 de junio de 1903. Por ello, a este cuerpo normativo se lo conoce coloquialmente con el nombre: “Código Varela”.

Como apuntáramos en párrafos anteriores, el derecho administrativo europeo, particularmente el vigente en España y en Francia, tuvo especial influencia a la hora de establecer el régimen procesal administrativo en las provincias argentinas. En especial, la ley española de lo Contencioso del 13 de setiembre de 1888 y su ampliación del 22 de junio de 1894, resultó ser fuente directa del Código “Varela”.

---

<sup>115</sup> Por cierto que el esfuerzo referido es, al menos hasta ahora y salvo algún embate judicial aislado, sólo doctrinario; lejos parece la posibilidad de que, finalmente, aquél quede plasmado en una añorada reforma legislativa, la cual parece remotamente lejana.

<sup>116</sup> Ver DANA MONTAÑO, SALVADOR, M., “Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y jurisprudencia”, Depalma, Bs. As., 1955.

<sup>117</sup> Conf. LINARES, JUAN F., “Sistema y Crítica del Código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, LL t. 96, p.829.



Precisamente, cuando analizamos la evolución de la legislación contencioso administrativa en España, señalamos que la ley española de 1888 fue el resultado transaccional entre las dos posturas en boga en aquella época: la que pretendía mantener la idea francesa de jurisdicción retenida y quienes consideraban que el control debía ser asignado al poder judicial.

Parece razonable presumir, entonces, que la tensión de tales criterios quedó reflejada en la interpretación de las disposiciones del Código Varela<sup>118</sup>; en particular, en cuanto a la mirada con la que cabe abordar el control de los actos administrativos. Subyace, en función de ello, una "deferencia" hacia el Ejecutivo que queda plasmada expresamente al consagrarse que la jurisdicción contencioso administrativa será de carácter *revisor* de lo actuado en sede administrativa.<sup>119</sup>

De esta manera, y tal como ocurría en muchas provincias, constituye un requisito imprescindible en este tipo de procesos la existencia de un acto previo denegatorio.

---

<sup>118</sup> Dice BOTASSI: "El Código Procesal Administrativo que rigió entre 1906 y 2003 estuvo inspirado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1888 y, por lógica consecuencia, sus aportes a la demandabilidad del Estado en el marco del Derecho Público respondieron a las creencias de la época y fueron limitados..." (ver, BOTASSI, CARLOS, "El acceso a la justicia en el proceso administrativo bonaerense", en Revista Derecho y Ciencias Sociales N° 6, abril 2012, pp. 38-52 (ISSN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP 38).

<sup>119</sup> En efecto, el art. 3 del Código Varela establecía: "Todas las resoluciones definitivas de las autoridades administrativas, que rescindan, modifiquen o interpreten contratos celebrados por aquéllas, en su carácter de poder público, darán lugar a una demanda contencioso-administrativa, previa delegación a revocarla de la autoridad que la hubiere dictado." A su turno, el artículo 13 disponía: "No podrá deducirse la acción contencioso-administrativa sino dentro de los treinta días a la notificación personal, por cédula o por edicto, de la resolución administrativa que motiva la demanda."



Pero, como bien señala PERRINO, *“el error de esta concepción, que no es más que un resabio de la antigua doctrina francesa del ministro-juez, abandonada por el Consejo de Estado en 1889 en el caso “Cadot” (concepción del contencioso aún hoy imperante en muchas de nuestras provincias), finca en considerar que el objeto del proceso contencioso administrativo era la impugnación de actos ilegítimos, cuando en verdad (...), el objeto de todo proceso, y también el del contencioso administrativo, es siempre una pretensión”*<sup>120</sup>.

Pero, además, y por otra parte, cabe destacar que la doctrina sentada en el citado caso “Cadot” tuvo como mira esencial asegurar el control de los actos de la Administración por parte del Consejo de Estado; así, la exigencia de la “decisión previa” fue el instrumento para poder asegurar tal control. El “puente de plata” que permitió abandonar, de una vez y para siempre, la doctrina del ministro juez.

Nada de ello se compadece con nuestro sistema. En efecto, sin perjuicio del análisis que realizaremos a continuación, el sistema de control judicial por el cual ha optado nuestro constituyente, coloca en cabeza de los tribunales de justicia –tal como ocurre en los EEUU- la revisión de toda pretensión que se deduzca contra la Administración. Nada justifica, por consiguiente, la asunción de una postura judicial

---

<sup>120</sup> PABLO ESTEBAN PERRINO, “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo –I, ps. 257/294



condicionada, excesivamente reticente, manifestada en la creación de cortapisas allí donde ni la Constitución ni la ley las han establecido.

### III.5.1. El trámite de la habilitación de la instancia judicial

Precisado lo anterior, cabe indicar que, de acuerdo al sistema previsto en la LNPA, el control judicial de los actos administrativos requiere del cumplimiento de un trámite denominado *habilitación de la instancia*, el cual se satisface mediante el cumplimiento de dos requisitos: a) el agotamiento de la vía administrativa y; b) la interposición de la acción judicial dentro de un plazo de caducidad.

Es interesante destacar, desde ahora -y sin perjuicio de la razonabilidad del sistema de control como tal (respecto del cual luego extraeremos las conclusiones)-, cuál es la naturaleza de este trámite ya que, de tal consideración, resultará el criterio de valoración.

En un primer momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que este requisito resultaba una prerrogativa procesal de la Administración y, como tal, renunciable. En función de ello, el Máximo Tribunal señaló que *“La denegación de la habilitación de la instancia sólo resulta admisible en aquellos supuestos en que el incumplimiento de los requisitos exigidos para la admisibilidad de la acción sea*



*planteado por el demandado, dentro de los términos y por la vía que a tal efecto dispone el ordenamiento formal... ”.*<sup>121</sup>

En tal sentido, también indicó que: *“El pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, pues el juzgador no puede convertirse en intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria... ”*<sup>122</sup>.

Remitiéndose a este precedente, la Corte también sostuvo, con argumentos que resultan por demás ilustrativos, que: *“Si bien la determinación del alcance de las cuestiones comprendidas en la litis es materia privativa de los magistrados que en ella entienden, tal principio reconoce excepción cuando lo decidido, con mengua de la defensa en juicio, signifique un apartamiento de las pretensiones enunciadas al trabarse el diferendo, incorporando temas no introducidos por las partes en el pleito, pues reconocer derechos no debatidos es incompatible con el art. 18 de la Constitución Nacional... ”* y que *“resulta arbitraria la sentencia que adopta de oficio una defensa que había sido renunciada tácitamente por quien tenía la posibilidad de*

---

<sup>121</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Cohen, Rafael c. Instituto Nac. de Cinematografía", Fallos 313:228, citado en, LA LEY 1990-C, 317, sentencia del 13-3-1990 y "Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 316:2454, sentencia del 26-10-1993.

<sup>122</sup> Caso "Cohen".



*alegarla... ”.*<sup>123</sup>

En función de este criterio, el trámite de la habilitación de la instancia resultaba una prerrogativa procesal de la Administración y, como tal, renunciable. Por consiguiente, los jueces debían dar curso a las demandas contra la Nación y, en su caso, sería ésta quien se exceptionara en el momento procesal oportuno.

Incluso, en los casos donde los tribunales se pronunciaban de oficio respecto de la habilitación de la instancia, el Máximo Tribunal de la Nación descalificó tales sentencias señalando: “...*si se advierte que el representante del Estado Nacional no introdujo, al expresar sus agravios ante la cámara en su memorial (...), el argumento de que era irrevisable judicialmente la decisión administrativa de desestimar la denuncia de ilegitimidad, corresponde aplicar la doctrina reseñada (se refiere a la establecida en los precedentes “Cohen” y “Construcciones Taddia S.A.”) y descalificar el fallo apelado en tanto introdujo de oficio dicha cuestión...*”<sup>124</sup>

Pero tal criterio cambió diametralmente en 1999 a partir del caso “Gorordo Allaria de Kralj, Haydeé María”, considerando ahora que es el juez quien debe controlar, de oficio, que se encuentre habilitada la instancia judicial. Dijo la Corte “*para que el órgano jurisdiccional pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión*

---

<sup>123</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Construcciones Taddia S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro.”, Fallos: 315:2217, sentencia del 6-10-1992.

<sup>124</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Tajes, Raúl Eduardo c/Estado Nacional (E.M.G.E.) s/retiro militar y fuerzas de seguridad”, Fallos 322:551, sentencia del 31-3-1999.



*que ante él se deduce es preciso que concurren ciertas circunstancias establecidas por el derecho procesal conocidas como requisitos o presupuestos procesales. El examen de estos recaudos, que condicionan la admisibilidad de la pretensión, puede ser efectuado no solo a requerimiento de la demandada, sino también, dada su naturaleza, en una etapa preliminar en la cual el juez puede desestimar oficiosamente la demanda (art. 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sin que por ello se convierta en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes ni se altere el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria”<sup>125</sup>. Luego volveremos sobre este fallo más en detalle.*

A su turno, a partir de la sanción de la ley 25.344, dicho criterio ha quedado consagrado normativamente. En efecto, a partir de la sanción de esta ley de emergencia, el trámite de la habilitación de la instancia resulta una condición de admisibilidad de la demanda; los jueces, por consiguiente, deben efectuar el control de oficio, no debiendo dar curso a la acción en el caso en el que los requisitos que integraban el trámite no se encontraran satisfechos.

Veamos, a continuación, cuáles son los recaudos previstos por la LNPA para que acceder al control judicial de los actos administrativos.

---

<sup>125</sup>Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación), G 1530 XXXIII RHE, sentencia del 4-02-1999. Este criterio es reiterado, diez años más tarde, en el caso “Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación s/ empleo público”, del 28-4-2009.



Según lo establece el art. 23 de la LNPA, podrá ser impugnado judicialmente un acto de alcance particular “cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas”<sup>126</sup>, o “cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto”.<sup>127</sup>

Por cierto, que la acepción “definitivo”, aún en el marco de la propia norma, resulta ambigua, teniendo en cuenta la polisemia que le es propia, por lo que resulta necesario, previamente, efectuar algunas aclaraciones.

En efecto, un primer significado de la palabra *definitivo* se refiere a aquél acto que resuelve el fondo del asunto propuesto a consideración de la Administración. Tal significado surge, además, implícito, del cotejo con el supuesto previsto por el inc. b). Este es, por ejemplo, el sentido en el cual se encuentra utilizado el término en la reglamentación de la ley de procedimientos administrativos para referir aquellos actos

---

<sup>126</sup> Art. 23, inc. a).

<sup>127</sup> Art. 23, inc. b). Si bien la norma que citamos describe, además, otros supuestos, coincidimos en este punto con un sector de la doctrina que entiende que aquellos no se refieren a la impugnación de actos, sino que regulan los casos del silencio de la Administración y las vías de hecho administrativas donde, precisamente, no existe acto alguno (ver JULIO RODOLFO COMADIRA, LAURA MONTI (Colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada*, cit. p.442).



que son susceptibles de distintos recursos.<sup>128</sup> Con este sentido, quedan fuera de la definición de actos "definitivos" los actos interlocutorios y los de mero trámite.

Por otra parte, también puede denominarse definitivo, en el sentido de acto "final" de la Administración; es decir, aquel acto que agota "finalmente" la instancia administrativa habilitando la revisión judicial.

En cuanto a las "instancias administrativas" la referencia normativa nos parece ciertamente desafortunada; por una parte, se refiere a "instancias", como si fuera más de una, pero, además, el concepto tiene una inevitable connotación judicial. Ello sin duda ha contribuido a considerar que la "vía administrativa previa" es una "instancia" similar a la judicial, confundiendo el procedimiento con el proceso y el rol que deben desempeñar tanto la Administración como los tribunales de justicia.

Ahora bien: en el sistema federal el "agotamiento" de la vía administrativa se logra, principalmente, con la resolución administrativa que resuelve el recurso jerárquico. Así lo establece el art. 90 del decreto 1759/72 que dispone: *"El recurso jerárquico deberá interponerse ante la autoridad que dictó el acto impugnado dentro de los quince (15) días de notificado y será elevado dentro del término de cinco (5) días y de oficio al Jefe de Gabinete de Ministros, el Ministerio o la Secretaría de la*

---

<sup>128</sup> Así, el art. 84 del RLNPA dispone: *"Podrá interponerse recurso de reconsideración contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado..."*. Por su parte, el art. 89 establece: *"El recurso jerárquico procederá contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado..."*.



*Presidencia de la Nación en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto. El Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros y Secretarios de la Presidencia de la Nación resolverán definitivamente el recurso; cuando el acto impugnado emanare del Jefe de Gabinete de Ministros, de un Ministro o de un Secretario de la Presidencia de la Nación, el recurso será resuelto por el Poder Ejecutivo Nacional, **agotándose en ambos casos la instancia administrativa...**" (énfasis agregado).*

Entiende GORDILLO que el recurso jerárquico, conceptualmente, sería todo medio jurídico para impugnar un acto ante un superior jerárquico del órgano que dictó el acto.<sup>129</sup> Agrega este autor que al establecerse en la LNPA que el recurso de reconsideración llevaba implícito de pleno derecho el jerárquico, a los efectos prácticos de la necesidad de interponer uno u otro, o ambos, se terminó unificando ambos medios. En la actualidad -sigue diciendo GORDILLO- el recurso jerárquico procede como regla no ya ante el Poder Ejecutivo sino ante los ministros y secretarios de la Presidencia de la Nación y sólo excepcionalmente llega a conocimiento y decisión del Jefe de Gabinete o del Presidente.<sup>130</sup>

Quiere ello decir, entonces, que luego de notificado el acto administrativo, el particular dispone de quince días hábiles administrativos para recurrirlo; sin embargo, ¿qué ocurre si la impugnación del acto ocurre habiendo vencido dicho plazo? ¿qué

---

<sup>129</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo, t.II*, FDA, cit., p. X-1.

<sup>130</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo, t.II*, FDA, cit., p. X-1.



consecuencias se derivan para el particular? ¿el sistema así previsto es compatible con los estándares constitucionales y convencionales? Estos son los interrogantes que abordaremos a continuación, a partir del instituto de la denuncia de ilegitimidad.

### III.5.2. El régimen de la denuncia de ilegitimidad.

El art. 1, inc. e), ap. 6) de la LNPA, establece: *“Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho.”*

Así, mediante la denuncia de ilegitimidad es posible impugnar actos administrativos que han generado un perjuicio de manera diferenciada al particular, cuando ha expirado el plazo para recurrir.

Se ha discutido en doctrina cuál es la calificación que corresponde otorgar a la denuncia de ilegitimidad. DROMI, por ejemplo, consideraba que se trataba de un recurso administrativo autónomo, señalando que “se trata de un recurso formalmente improcedente en su origen, el que, por imperativo legal, se transforma en recurso



procedente".<sup>131</sup> En esa misma línea, ABAD HERNANDO, la consideraba "un saneamiento jurídico que beneficia a los recursos presentados fuera de término".<sup>132</sup> Criterio contrario sostuvo COMADIRA, para quien la denuncia de ilegitimidad es "un recurso impropio, parcialmente típico, supletorio del no usado en tiempo, cuyas notas singulares resultan, por una parte, de las pautas regladas de desestimación formal - seguridad jurídica y abandono voluntario del derecho- y, por otra, de la circunstancia de que su tramitación no exhuma la posibilidad de agotar la vía administrativa, perdida por el transcurso del plazo para recurrir, y consiguientemente, de acceder a la justicia."<sup>133</sup>

Para la Procuración General del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN), la denuncia de ilegitimidad es "un tipo especial de denuncia, mediante la cual pueden impugnarse actos administrativos que lesionen derechos subjetivos o intereses legítimos cuando el término para recurrir ha expirado. Ello por cuanto, al dejar vencer los términos sin deducir el recurso respectivo, el interesado ya no podrá interponerlos en el futuro, y la presentación que tardíamente formule no revestirá los caracteres de un verdadero recurso y, sí sólo, los de una denuncia de ilegitimidad...".

---

<sup>131</sup> DROMI, ROBERTO, *El Procedimiento Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 281

<sup>132</sup> ABAD HERNANDO, JESÚS LUIS, "La denuncia de ilegitimidad en el derecho administrativo argentino," DJ, 1979-14, 3.

<sup>133</sup> COMADIRA JULIO RODOLFO, "Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada", La Ley, Bs. As., 2007, p.71.



A nuestro modo de ver, ya se la considere un recurso impropio, un tipo especial de denuncia o un recurso formalmente improcedente, el punto central a establecer se vincula con el trámite que cabe otorgar a este tipo de presentación y, sobre todo, con los efectos jurídicos que pueden derivarse de aquella.

Sin perjuicio de ello, en forma previa a introducimos en el análisis de las consecuencias apuntadas, corresponde referir, más no sea de forma sintética, los requisitos formales que hacen a su procedencia. Entendemos por requisitos “formales” aquellos que se vinculan con la admisibilidad del trámite y con la obligación o no de la Administración a sustanciarla y decidirla.

En ese sentido, cabe referir el análisis que ha efectuado COMADIRA<sup>134</sup> quien los agrupa en requisitos “positivos” y “negativos”, según el siguiente esquema:

#### III.5.2.1. Requisitos positivos:

- a) Existencia de un acto administrativo;

En capítulos anteriores hemos analizado la importancia capital que tiene la consideración de una conducta de la Administración como “acto administrativo”,

---

<sup>134</sup> Comadira Julio Rodolfo, “Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada”, La Ley, Bs. As., 2007, cit. p. 73.



atento las consecuencias jurídicas que se derivan de esa calificación y concluimos en la necesidad de que exista una calificación legal que así lo establezca y, en su defecto, la indicación de la propia Administración en cada caso particular. Nos remitimos, por consiguiente, a lo allí expresado.

b) Plazo de impugnación vencido.

En forma preliminar, ha de aclararse que la configuración de este requisito se vincula directamente con la adecuada notificación del acto administrativo. En efecto, sólo puede encontrarse vencido un plazo cuando éste ha comenzado a transcurrir, lo que sólo puede pregonarse respecto de aquellas notificaciones efectuadas de conformidad con lo establecido en la ley.<sup>135</sup>

Al respecto, cabe señalar lo dispuesto por el art. 40 del decreto 1759/72 en cuanto prevé que las notificaciones de los actos administrativos deben indicar los recursos que se puedan interponer contra aquellos y el plazo dentro del cual deben articularse, aclarando además si el acto agota las instancias administrativas. La norma

---

<sup>135</sup> Nos remitimos aquí a lo establecido por el Título V del decreto 1759/72 en cuanto al régimen de las notificaciones.<sup>9</sup>



indica, además, que la omisión o el error en que se pudiera incurrir al efectuar tal indicación no perjudicará al interesado ni permitirá darle por decaído su derecho.<sup>136</sup>

Por otra parte, agrega COMADIRA, la denuncia de ilegitimidad no es admisible como alternativa a los recursos improcedentes como tales o que adolezcan de fallas procesales de orden sustancial, por lo que aquella se encuentra supeditada a la admisibilidad formal del recurso tardíamente interpuesto.<sup>137</sup>

- c) Legitimación calificada: Invocación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.

Sobre el punto, cabe precisar que, a esta altura de la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina, esta clasificación ha perdido actualidad. En efecto, surgida originalmente para limitar el acceso a la justicia para aquellos casos donde se

---

<sup>136</sup> Sin perjuicio de ello, creemos que la afirmación contenida en la norma no es cierta. En efecto, a renglón seguido el art. 40 del decreto 1759/72 precisa que *"no obstante la falta de indicación de los recursos, a partir del día siguiente de la notificación se iniciará el plazo perentorio de SESENTA (60) días para deducir el recurso administrativo que resulte admisible. Si se omitiera la indicación de que el acto administrativo agotó las instancias administrativas, el plazo para deducir la demanda indicada en el artículo 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos Nº 19.549 comenzará a correr transcurrido el plazo precedentemente indicado."* Quiere ello decir que, en definitiva, el derecho a recurrir efectivamente "decae" a los sesenta días y el derecho a presentar la acción judicial de impugnación se pierde si transcurren, además, noventa días hábiles judiciales adicionales a los sesenta días señalados.

<sup>137</sup> COMADIRA JULIO RODOLFO, "Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada", La Ley, Bs. As., 2007, cit. p. 74.



invocaba un "derecho subjetivo", la existencia de un "interés legítimo" sólo habilitaba la interposición de recursos administrativos.

En tal sentido, tal como lo ha precisado MAIRAL, el aferramiento de cierta doctrina administrativista a las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo, tal como son interpretadas en sistemas constitucionales disímiles del nuestro, carece de justificación; nada impide -sostiene MAIRAL- a nuestros tribunales ampliar el concepto de "derecho subjetivo" a los efectos de la legitimación, para abarcar aquellos casos en que la conducta administrativa ilegítima agravia intereses privados dignos de protección en un Estado de derecho.<sup>138</sup>

En función de ello, en nuestra opinión, es la existencia de una afectación diferenciada lo que determina la legitimación y, a partir de ella, la obligación de la Administración de tramitar y resolver la denuncia de ilegitimidad.

De igual manera, así como existe la obligación de la Administración de resolver el reclamo administrativo previo y los recursos -a partir de la existencia de una afectación calificada por parte de quien los articula- y no así de la "simple

---

<sup>138</sup> MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 194 y ss. Agrega CARRILLO que, en rigor, esta discusión nunca debió plantearse entre nosotros puesto que la Ley Nº 27, reglamentaria del Artículo 116 de la CN, establece expresamente en su Artículo 1º: "La Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las Leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen *intereses*, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de simples individuos, de Provincia o de la Nación" con lo cual, al menos desde 1862, la diferenciación entre "derecho" e "interés" en nuestro sistema jurídico procesal carece por completo de relevancia. (conf. CARRILLO, SANTIAGO, *Los procesos colectivos ante una futura regulación procesal*, RAP, julio 2011, Revista Rap pág. 189, Id SAJ: DACF140626).



denuncia” -donde el presentante carece de aquella afectación- la obligación de la Administración de decidir la denuncia de ilegitimidad guarda estrecha relación con la legitimación apuntada.<sup>139</sup>

Por ello también, el silencio de la Administración a la denuncia de ilegitimidad habilita la promoción de la acción de amparo por mora regulada por el art. 28 de la LNPA; en ese sentido, toda vez que la procedencia de esta acción se encuentra condicionada a la existencia de “mora” por parte de la Administración, resulta imprescindible. Nos remitimos aquí a lo que diremos respecto de lo que debe considerarse como “razonables pautas temporales”.

En definitiva, en nuestra opinión, la Administración debe -siempre y como regla general- sustanciar y decidir la denuncia de ilegitimidad; ello no obsta, claro está, la concurrencia de los requisitos negativos, respecto de los cuales nos referiremos a continuación.

### III.5.2.2. Requisitos negativos:

---

<sup>139</sup> Repárese en este sentido que el art. 10 de la LNPA, al regular el supuesto de silencio o ambigüedad de la Administración, atribuye sentido negativo a aquel que se configura en los casos donde se exige a la Administración un pronunciamiento expreso.



Dentro de los requisitos “negativos”, la norma contempla dos supuestos: a) Razones de seguridad jurídica; y b) haberse excedido razonables pautas temporales que hagan presumir el abandono voluntario del derecho.

Es oportuno precisar, desde ahora, que estos requisitos son las “excepciones” a la regla general que, como expresamos, prevén la obligación de sustanciar y decidir la denuncia de ilegitimidad. Por consiguiente, en el caso de presentarse algunas de estas excepciones, será carga de la Administración (en rigor, lo es como regla general, en virtud de la “motivación” que es un requisito esencial del acto administrativo); expresar y fundar las razones y circunstancias en virtud de la cual considera que aquellas quedan configuradas en el caso concreto.

c) Seguridad jurídica:

Refiriéndose a este concepto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *“la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea*



*previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor”.*<sup>140</sup>

Como bien apunta la doctrina<sup>141</sup>, existe una relación directa entre la seguridad jurídica y el cumplimiento de la juridicidad; sobre todo, teniendo en cuenta la obligación de la Administración de suspender<sup>142</sup> y de revocar<sup>143</sup> los actos viciados con nulidad absoluta.

Ello torna aún más explícito lo que hemos apuntado en cuanto a la obligación de la Administración de explicar las razones por las cuales, en el caso de la denuncia de ilegitimidad, su trámite vulneraría la “seguridad jurídica”.

d) Razonables pautas temporales que hagan presumir el abandono voluntario del derecho.

Se ha planteado la duda en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de las “razonables pautas temporales” y del “abandono voluntario del derecho”. En

---

<sup>140</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos, “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo”, Fallos: 341:1017, sentencia del 4-9-2018.

<sup>141</sup> COMADIRA JULIO RODOLFO, “Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada”, La Ley, Bs. As., 2007, cit. p. 75.

<sup>142</sup> Art. 12, LNPA

<sup>143</sup> Art. 17, LNPA



particular, la duda suscitada tiene que ver en determinar si se trata de una conducta discrecional o si deben considerarse como conceptos jurídicos indeterminados.

En tal sentido, COMADIRA considera que *“no puede aceptarse que, en estos casos, la autoridad administrativa pueda actuar discrecionalmente (...); las pautas temporales se exceden irrazonablemente o no, y que si ese exceso se produjo, el derecho, efectivamente, se perdió. El plazo de impugnación es un concepto jurídicamente determinado, en tanto corresponde a un lapso que se expresa numéricamente.”*<sup>144</sup>. Por ello, entiende que *“un criterio útil para determinar la razonabilidad del exceso, puede resultar del plazo establecido legalmente para el inicio de la acción judicial...”*<sup>145</sup>

A mi modo de ver, si entendemos por razonabilidad la relación proporcionada entre los medios y los fines -siendo esta una de las pautas empleadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, además, la que surge expresa del art. 7 inc. f) de la ley 19549- en el caso ello se vincula con la relación que existe entre el tiempo transcurrido desde la correcta notificación del acto y la presentación de la denuncia de ilegitimidad, y de qué manera ese lapso de tiempo permite o no considerar que ha mediado el abandono del derecho.

---

<sup>144</sup> COMADIRA, JULIO RODOLFO, “Procedimientos Administrativos”, cit. p. 76 y ss.

<sup>145</sup> COMADIRA, JULIO RODOLFO, “Procedimientos Administrativos...”, cit. p. 77.



Si bien pueden compartirse algunos criterios ensayados por la doctrina a fin de considerar parámetros objetivos que permitan disminuir el margen de decisión<sup>146</sup>, en nuestra opinión la cuestión debe resolverse caso a caso pero, como regla, será carga de la Administración explicar y fundar adecuadamente la configuración del abandono voluntario del derecho.

En definitiva, siendo que la regla es, tal como vimos, la sustanciación y la decisión del trámite de la denuncia de ilegitimidad, en el caso en el que la Administración, considere configurado el supuesto negativo, deberá expresar -so pena de nulidad- las razones por las cuales aquel se presenta. Ello reduce, en nuestro parecer, significativamente el margen de posibles arbitrariedades por cuanto la presunción juega a favor de la tramitación.

En similar sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado que *"el artículo 1.º, inciso e), apartado 6), de la Ley N.º 19.549 no fija un plazo concreto que permita deducir el abandono del derecho. La razón de ello radica en el hecho de que no se puede establecer una regla general e invariable sobre el particular, dependiendo la solución a adoptar de las circunstancias de cada caso. El factor temporal no es el único elemento de juicio a considerar, sino que éste juega en*

---

<sup>146</sup> COMADIRA, a quien venimos citando en este punto, se pregunta *"Si el legislador pudo fijar el plazo de noventa días hábiles judiciales para demandar al Estado, vencido el cual el acto queda firme y el acceso a la Justicia se pierde ¿no es coherente acudir a ese mismo lapso para medir la razonabilidad del accionar de quien dejó vencer los plazos de impugnación administrativa y, de ese modo, perdió anticipadamente, la posible habilitación de la instancia judicial..."* (ver, COMADIRA, JULIO RODOLFO, Procedimientos Administrativos, cit. p. 77).



*relación con los hechos de que se trate, de cuya concomitancia puede surgir eventualmente el abandono voluntario del derecho. Este aspecto constituye lo esencial de la cuestión, y no deriva de la simple omisión de deducir el recurso en término... ”.*<sup>147</sup>

No obstante lo expresado, la cuestión relativa a las “razonables pautas temporales” funciona en una doble dimensión: en efecto, por un lado, en cuanto a la consideración que la Administración efectúe en cuanto a la vinculación de aquellas pautas con la presunción del abandono voluntario del derecho (sobre lo cual ya nos hemos referido en los párrafos anteriores); pero, por el otro, dada la obligación que, como regla general, tiene la Administración de tramitar y resolver la denuncia de ilegitimidad, resulta imprescindible fijar un plazo para que se pronuncie sobre la admisibilidad formal de aquella, el cual servirá como referencia para considerarla tácitamente denegada.

En este supuesto, no encuentro razones para apartarse de lo establecido por el art. 10 de la LNPA que, en lo pertinente, dispone: *“Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración...”*.

---

<sup>147</sup> Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Buenos Aires, Dictamen: 302:125. Fecha: 2017-07-31 consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4648>, el 13-04-2021



Es preciso aclarar que, si bien la denuncia de ilegitimidad debe tramitar conforme el procedimiento que rige el recurso que ha dejado de interponerse en el plazo previsto, creemos que la cuestión referida al plazo para admitir formalmente la denuncia -sin perjuicio de luego disponer su trámite- es el previsto en la norma aludida en el párrafo anterior, toda vez que se configura el supuesto allí establecido (inexistencia de un plazo previsto para pronunciarse sobre la admisibilidad formal).

De tal forma, en nuestra opinión, la Administración debe expedirse respecto de la admisibilidad formal de la denuncia de ilegitimidad dentro de los sesenta días de presentada y, vencido ese plazo, el interesado podrá requerir pronto despacho, y si transcurrieran otros treinta días sin que exista pronunciamiento, podrá considerarse tácitamente denegada; ello, sin perjuicio de la posibilidad de accionar judicialmente, tal como se analiza en el capítulo siguiente.

III.5.2.3. La cuestión central de la denuncia de ilegitimidad: la impugnación judicial del acto que la resuelve.

Con elocuencia, GORDILLO señala *"lo que en tiempos no autoritarios nació como una forma más de controlar y evitar la eventual vigencia de actos ilegítimos de la administración pública por el mero transcurso del término para recurrirlos, se transformó, lenta pero seguramente en tiempos autoritarios, en una creciente*



*animadversión a esta tolerancia temporal que a algunos parece resultarles intolerable.*<sup>148</sup>

Sirva la cita anterior como antesala para el análisis de la cuestión propuesta en este capítulo, central a la hora de validar la hipótesis planteada. Hemos visto ya que, atento la legitimación calificada -afectación diferenciada- existe obligación de la Administración de tramitar y decidir la denuncia de ilegitimidad. Ahora bien: una vez resuelta, ¿es posible impugnar judicialmente esa decisión?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los ya citados autos "Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)", del 4 de febrero de 1999<sup>149</sup>, entendió que no.

Este criterio -reiterado y mantenido casi diez años después en los autos "Ramírez"-<sup>150</sup> fue luego receptado expresamente por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el plenario "Fernández, Viviana Beatriz c/ M° de Salud y Acción Social y Sec. de la Función Pública s/ empleo público"<sup>151</sup>, replicando los mismos fundamentos dados por la Corte Suprema.

---

<sup>148</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.4, FDA, Bs. As., 2006, p. III-16.

<sup>149</sup> Es interesante señalar que, al momento en el que esto se escribe, han transcurrido más de veinte años.

<sup>150</sup> CSJN, 28-4-2009, autos: "Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación s/ empleo público"

<sup>151</sup> Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en pleno, Buenos Aires, autos "Fernández, Viviana Beatriz c/ M° de Salud y Acción Social y Sec. de la Función Pública s/ empleo público", sentencia del 25-8-2010.



A continuación, haremos una síntesis de los argumentos invocados por el Máximo Tribunal para arribar a la conclusión apuntada, sin perjuicio de las consideraciones que, luego de ello, haremos respecto de cada uno de aquellos.

Dijo la Corte:

- a) La decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad, no es susceptible de ser impugnada en sede judicial porque, al haber dejado vencer el interesado el término para deducir los recursos administrativos, ha quedado clausurada la vía recursiva, y, por ende, la posibilidad de agotar la vía administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial (art. 23, inc. a], ley 19.549). Esta conclusión encuentra sustento, en primer lugar, en lo dispuesto en el inc. e), apart. 6º del art. 1º de la ley 19.549, el cual determina: Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos... y, además, en el carácter perentorio (art. 1º, inc. e], apart. 6) y obligatorio (art. 1º, inc. e]), apart. 1º) que dicho cuerpo legal confiere a los plazos para recurrir.<sup>152</sup>
  
- b) La no revisabilidad judicial del acto que rechaza en cuanto al fondo una denuncia de ilegitimidad se deriva de su condición de remedio extraordinario

---

<sup>152</sup> Consid. Nro. 12 del precedente "Fernández" antes citado.



previsto por el ordenamiento jurídico con el propósito de asegurar el control de legalidad y eficacia de la actividad administrativa, y a través de él, el respeto de los derechos e intereses de los administrados.<sup>153</sup>

c) El criterio expresado no causa lesión al derecho de defensa de la actora (art. 18, Constitución Nacional) pues ésta, no obstante haber tenido la oportunidad para ejercerlo adecuadamente, no lo hizo, en tanto omitió articular dentro del término perentorio fijado en el decreto 1759/72 (t.o. por el decreto 1883/91) el recurso administrativo pertinente. La garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Quien ha tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable.”<sup>154</sup>

d) Sería claramente irrazonable otorgar el mismo efecto a la denuncia de ilegitimidad -que no es más que una impugnación tardíamente interpuesta a un recurso deducido en término. Ello implicaría colocar en pie de igualdad al particular que se comporta en forma negligente respecto de aquel que actúa con diligencia para proteger sus derechos.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> Consid. Nro. 13

<sup>154</sup> Consid. Nro. 14

<sup>155</sup> Consid. Nro. 15



Cuatro son, entonces, los argumentos invocados por la Corte para arribar a la conclusión que inhibe el control judicial del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad.

A continuación, efectuaremos un análisis de cada uno de ellos.

a) El primero de ellos, evidencia el razonamiento medular de la Corte en cuanto al tema que nos ocupa; es decir, la relación existente entre la interposición de los recursos, el agotamiento de la vía administrativa y la habilitación de la instancia judicial. Tal razonamiento, valga reiterarlo, es el siguiente: *“la pérdida del derecho a interponer los recursos impide agotar la vía administrativa; ergo, se pierde la posibilidad de habilitar la instancia judicial; es decir, de acceder a la justicia.”* Y el fundamento invocado para tal razonamiento es la interpretación que hace el tribunal del art. 1, inc. e) ap. 6 de la ley 19.549.

En nuestra opinión, aquí radica el yerro esencial de la Corte que, cual premisa de silogismo, acaba invalidando la conclusión arribada. Cabe recordar, que *“justificar o fundar una decisión consiste, a grandes rasgos, en construir un razonamiento deductivo válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión, de tal manera que el fundamento principal de la decisión es la norma general de la que aquella es un caso de aplicación. Consiguientemente, entre el fundamento y la decisión existe una relación lógica, no causal, de modo que una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (o un*



*conjunto de normas generales), en conjunción con proposiciones fácticas (descriptivas de los hechos relevantes...".<sup>156</sup>*

En este contexto, ha de señalarse que, como primera observación, la imposibilidad de revisar judicialmente el acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad carece de sustento normativo. En efecto, la norma citada por el Máximo Tribunal de la Nación sólo se refiere a la pérdida del derecho de interponer los recursos, más no al de acceder al control judicial.<sup>157</sup> Dicho de otra manera: **de la pérdida del derecho a interponer los recursos, no se sigue la pérdida del derecho de acceso a la justicia.** Esto es clave, teniendo en cuenta que, como veremos más adelante, el derecho a una tutela judicial efectiva se integra, como presupuesto indispensable, con el derecho de acceso a la justicia.

Precisemos: no se trata aquí de analizar la validez de una "norma" que expresamente establece que el acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad no es susceptible de revisión judicial.<sup>158</sup> En tal hipótesis, el debate sería otro; es decir, si esa

---

<sup>156</sup> Conf. MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO: "Interpretar": *¿aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII, (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009).

<sup>157</sup> Así también lo ha entendido la doctrina que, precisamente sobre el punto, ha dicho "... el art. 1, e), 6 del decreto – ley 1949 no brinda cobertura al criterio de la Corte, por cuanto son precisamente los presupuestos de habilitación de la denuncia de ilegitimidad allí previstos los que demuestran la obligatoriedad de su apertura cuando nos hallamos ante un acto viciado..." (conf. Juan Bautista Justo, "Con algunos ajustes, la denuncia de ilegitimidad puede servir a la gente", <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/05/doctrina27.5.14.pdf>

<sup>158</sup> Tal como ocurre, por ejemplo, con la legislación vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde el art. 94 del decreto 1510797.



“norma” sortea o no el test de constitucionalidad. Pero, reiteramos, no es ese el supuesto en examen.

En el caso aquí analizado, se trata de determinar si, por vía extensiva, a partir de la deducción, y sin norma alguna, es válida la restricción del derecho de acceso a la justicia; ello nos pone de cara a los criterios que deben regir una razonable hermenéutica legislativa y judicial.

Al respecto, cabe traer a colación la cita que el maestro CUETO RÚA realiza del Juez Cardozo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su obra “La Naturaleza del Proceso Judicial”, donde reflexiona que el juez, al aplicar el derecho obedece a un criterio lógico *“pero, agrega, acude a la lógica si la lógica le lleva a la justicia, si ella le permite decidir bien el caso (...) El juez desarrolla los principios, y los sigue mientras lo llevan con mano segura a sentencias razonables. Pero nunca los sigue indefinidamente, porque **hay un momento en que la lógica da frutos lógicos, pero no da frutos justos. Cuando llega a este punto el juez se para...**”*<sup>159</sup>

Aplicando tal criterio al razonamiento esbozado por la Corte en el primero de los argumentos expuestos en “Gorordo”, podemos señalar que, ni siquiera se aprecia en él la ocurrencia de un “fruto lógico”; ya no se trata de si la conclusión (“fruto”, en

---

<sup>159</sup> CUETO RÚA, JULIO C., *La jurisprudencia sociológica norteamericana*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 1, Año 1981, Abeledo Perrot, 1982, p. 70. Ver también Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, autos “Fernández Marcelo Fernando c/ GCBAs/ amparo S/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. Nro. 4309/05sentencia del 19-4-2006 voto del Dr. Casás).



el razonamiento del justice Cardozo) es justa -cuestión que luego analizaremos, aunque adelantamos que, desde nuestro punto de vista, no lo es- sino que, a nuestro modo de ver, ni siquiera traduce una lógica correcta,<sup>160</sup> ya que, en rigor, es una falacia.

Explican IRVING M. COPI y CARL COHEN<sup>161</sup> que una "falacia" es un error de razonamiento. Puntualmente, definen "falacia" como un tipo de argumento que puede parecer correcto pero que demuestra, luego de examinarlo, que no lo es. Ello ocurre, siguen señalando estos autores, cuando, por ejemplo, de premisas válidas se arriba a una conclusión que no lo es, lo cual sucede cuando esta última no implica necesariamente a las premisas invocadas como fundamento. Así, señalan: *"Un argumento cuyas premisas no implican su conclusión es un argumento cuya conclusión puede ser falsa aún si todas sus premisas fuesen verdaderas. En estos casos, el razonamiento no es bueno y se dice que el argumento es falaz, o que es una falacia..."*<sup>162</sup>

En ese contexto, afirman: *"Es obvio que cualquier razonamiento que depende de tratar como causa de alguna cosa o suceso lo que en realidad no es su causa debe estar gravemente equivocado, pero a menudo estamos tentados a suponer que entendemos alguna relación de causa y efecto cuando, de hecho, no es así. La*

---

<sup>160</sup> Decía THOMAS JEFFERSON que, en una nación republicana cuyos ciudadanos deben ser dirigidos por medio de la razón y de la persuasión y no de la fuerza, el arte del razonamiento llega a ser de primera importancia.

<sup>161</sup> IRVING M. COPI, CARL COHEN, *Introducción a la lógica*, Limusa Noriega Editores, México, 2007.

<sup>162</sup> IRVING M. COPI, CARL COHEN, *Introducción a la lógica*, cit. p. 126.



*naturaleza de la conexión entre causa y efecto y cómo es que determinamos si esta conexión está presente o ausente son problemas fundamentales de la lógica inductiva y del método científico.*<sup>163</sup>

A nuestro modo de ver, ello aplica precisamente al razonamiento de la Corte en el primer argumento aquí analizado, y se proyecta indudablemente sobre los otros tres. En efecto, ni la pérdida del derecho a interponer los recursos, ni la imposibilidad de agotar la vía administrativa **implican -ninguna de ellas- la conclusión arribada por la Corte: es decir, la imposibilidad de acceder a la justicia.** Siendo ello así, y sin analizar si lo “justo” o “injusto” de la conclusión -sobre lo que nos explayaremos más adelante- lo cierto es que, al menos desde el punto de vista del razonamiento lógico, aquella es una falacia.

Sea suficiente para fundar la afirmación precedente, acudir a las palabras de la propia Corte Suprema quien, en anterior composición, entendió rectamente que, de la pérdida del derecho a interponer los recursos por el transcurso del tiempo ***no constituye una derivación razonada la imposibilidad de acceder a la justicia.***

En efecto, en un caso donde la Cámara de Apelaciones entendió mal concedido un recurso judicial contra un acto de un intendente municipal -que ratificó un acto anterior que desestimaba una revocatoria por haberse presentado los recursos contra

---

<sup>163</sup> IRVING M. COPI, CARL COHEN, *Introducción a la lógica*, cit. p. 175.



aquél fuera del plazo establecido para ello- el Máximo Tribunal sostuvo “...la relevancia que el Tribunal a quo otorga a la extemporaneidad de los recursos administrativos a los fines de la concesión del recurso judicial, **carece de sustentación por no ser razonable derivación de los principios que rigen la especie**, lo que afecta la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional...” (el énfasis es propio).<sup>164</sup>

Advirtamos en este precedente un aspecto fundamental que, anclado en el razonamiento que aquí realizó la Corte, revela aún más el yerro de lo afirmado en “Gorordo”, donde los argumentos allí expuestos no explican la conclusión arribada.

Señalan IRVING M. COPI y CARL COHEN, que “los argumentos son falaces cuando sus premisas apoyan una conclusión diferente de la que pretenden establecer. Las premisas van en una dirección y la conclusión en otra; el argumento ‘pierde el punto’. El razonamiento en una **ignoratio elenchi** (literalmente significa ‘prueba errada’ o ‘refutación errada’) puede parecer del todo plausible; sin embargo, está equivocado porque no defiende la conclusión en disputa sino alguna otra...”<sup>165</sup> (el énfasis es original).

Tal el caso, en nuestra opinión, de lo señalado por la Corte en el argumento bajo examen. En efecto, aún desde los postulados más básicos de la introducción a la

---

<sup>164</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Jaramillo SCA s/recurso contencioso administrativo”, Fallos: 295:276, sentencia del 8-7-1976

<sup>165</sup> IRVING M. COPI, CARL COHEN, *Introducción a la lógica*, cit. pp. 162/163.



lógica, ninguna de las premisas invocadas -pérdida del derecho de interponer los recursos por haberse vencido el plazo para ello, y agotamiento de la vía administrativa- “defienden” la conclusión de “irrevisibilidad judicial” del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad. Ello no solo ocurre por la falta de implicancia de la conclusión en tales premisas, sino porque, al tratarse, como veremos luego, de una excepción al principio general, la restricción del acceso a la justicia debe surgir de manera expresa de una norma que así la establezca, sin perjuicio de su eventual validez constitucional.

Por lo demás, y en tal contexto, cabe analizar los efectos que proyecta sobre la cuestión el art. 19 de la Constitución Nacional, a partir de una mirada a las condiciones extra sistémicas de la lógica deóntica.

Así, se ha señalado que *“...la cláusula de nuestro artículo 19 de la Constitución puede interpretarse como una regla de clausura: una regla de clausura “liberal”, entre otras posibles. En efecto, así como ella dice que todo lo no normado (y por ello no prohibido) está permitido, podría decir -por ejemplo- que todo lo no normado (y por ello no permitido) está prohibido, con lo que el orden normativo se parecería más a un régimen carcelario. ¿Todo se reduce, entonces, a una elección valorativa (y legislativa) entre normas de clausura? (...) Un sistema normativo implica la intención de regular, encauzar, definir límites. En otras palabras, ordenar lo no ordenado. Pero la percepción misma de algo como ‘desorden’ implica una*



*actitud valorativa de disconformidad con la situación actual o potencial: de otro modo no la llamaríamos desorden sino libertad, y no se nos ocurriría modificarla. Para operar, pues, esta modificación se introducen pautas que oponen resistencia a la voluntad de la gente en ciertos aspectos, o calificaciones que se dirigen a interpretar ciertas conductas como 'incompatibles' con el modelo propuesto. Así se divide el universo de las acciones en dos sectores: el de las acciones limitadas (obligatorias o prohibidas) y el de las no limitadas (o no limitadas todavía), que son las permitidas. Antes de la introducción de un sistema normativo no existen conductas permitidas, pero esta afirmación es meramente lingüística: sólo señala el hecho de que, **a falta de una idea de limitación, no es posible calificar su ausencia**. Así, no se concibe la permisión sin la prohibición, como no hay silencio sin sonido, ni tío sin sobrino. (...) Es lógicamente posible construir un sistema teórico sobre la base de permisiones, pero los órdenes normativos reales (...) sólo ofrecen utilidad cuando prohíben y porque prohíben. **La ausencia de norma, pues, se 'parece' a la permisión cuando no existe orden alguno, y 'equivale' a la permisión dentro de un orden dado.**"<sup>166</sup> (el énfasis me pertenece).*

---

<sup>166</sup> ECHAGUE, DELIA TERESA; URQUIJO, MARÍA EUGENIA, GUIBOURG, RICARDO A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 154-158.



En similar sentido, GUIBOURG recuerda “...la *permisión positiva* (...) sólo adquiere relevancia en el marco de una prohibición previa, y en ese contexto adquiere el sentido de la derogación, total o parcial, de aquella prohibición.”<sup>167</sup>

El abordaje del resto de las razones dadas por el Tribunal como fundamento de la conclusión, nos permitirá advertir con mayor claridad la orfandad argumental y endeblez de la decisión adoptada.

b) El segundo de los argumentos invocado por la Corte para sostener la no revisabilidad judicial del acto que desestima la denuncia de ilegitimidad se deriva, en palabras del Tribunal, de “su *condición de remedio extraordinario previsto por el ordenamiento jurídico con el propósito de asegurar el control de legalidad y eficacia de la actividad administrativa, y a través de él, el respeto de los derechos e intereses de los administrados.*”<sup>168</sup>

Nuevamente aquí, el Tribunal deja en evidencia, a nuestro modo de ver, un error en el razonamiento, similar al exhibido en el argumento anterior. En efecto, de la condición de remedio extraordinario que ostenta la denuncia de ilegitimidad, ***no se sigue*** la imposibilidad de revisar judicialmente el acto que la desestima.

---

<sup>167</sup> GUIBOURG, RICARDO A., *Pensar en las normas*, Eudeba, Bs. As., 2016, p. 128

<sup>168</sup> Consid. Nro. 13



Es claro que, ante el sistema previsto para recurrir los actos en sede administrativa, la denuncia de ilegitimidad resulta un remedio “extraordinario”; es decir, en un sentido literal, según el diccionario de la R.A.E., “poco común, sale fuera del orden o regla general o sucede rara vez...”.

Ahora bien: ello tiene que ver con la esfera administrativa, con el tránsito ordinariamente previsto por la ley de procedimientos administrativos para la impugnación de los actos en aquella sede, *mas de ninguna manera puede entenderse que resulte “extraordinaria” la revisión judicial de un acto de la Administración.*

Precisamente, es el art. 116 de la Constitución Nacional -sin perjuicio de lo establecido por los Tratados internacionales de derechos humanos que han sido incorporados a la Constitución, con igual jerarquía que ésta, y que expresamente se refieren a la tutela judicial efectiva (a la que luego nos referiremos)-, la norma que establece la “regla general” en cuanto al acceso a la justicia, señalando que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación...”. Va de suyo que, de haberse querido establecer una excepción a *esa* regla general, debió preverse expresamente, precisamente, por resultar ello “extraordinario”, es decir, “por salir fuera del orden, o de la regla general”.



Sin embargo, ello no ha sido así, por lo que nuevamente, al igual que con el argumento anterior, la afirmación de la Corte resulta una “falacia”, en tanto exhibe una fundamentación sólo aparente, y no resulta una derivación razonada del derecho vigente.

c) El tercer argumento invocado por la Corte, es llamativamente sorprendente: Entiende la Corte que la imposibilidad de revisar judicialmente el acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad “*no causa lesión al derecho de defensa de la actora (art. 18, Constitución Nacional) pues ésta, no obstante haber tenido la oportunidad para ejercerlo adecuadamente, no lo hizo, en tanto omitió articular dentro del término perentorio fijado en el decreto 1759/72 (t.o. por el decreto 1883/91) el recurso administrativo pertinente. La garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Quien ha tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable.*”<sup>169</sup>

En nuestra opinión, resulta difícil de entender semejante afirmación precedente.

En primer lugar, se reitera aquí el yerro en el razonamiento lógico al que hemos aludido en los párrafos anteriores ya que, nuevamente, la Corte entiende que, de la

---

<sup>169</sup> Consid. Nro. 14



pérdida del derecho a interponer los recursos, se sigue la imposibilidad de acceder a la justicia.

Pero, además del yerro anterior, se equipara aquí el derecho a interponer los recursos previsto por la LNPA, con el derecho de defensa consagrado por la Constitución Nacional, sin reparar en que, ambos planos, operan de manera coordinada y no excluyente.

En efecto, el derecho a interponer los recursos es una manifestación del derecho de defensa consagrado por la Constitución Nacional; precisamente, es la posibilidad de reaccionar, *en sede administrativa*, ante un acto que genera en el administrado una afectación calificada.

Así, en el marco del procedimiento administrativo rige el principio del debido proceso adjetivo que, como lo ha señalado la doctrina, deriva directamente del art. 18 de la Constitución Nacional, y se integra con el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba, y el derecho a una decisión fundada.

Ahora bien, hacer derivar de la pérdida del derecho a interponer recursos en sede administrativa, nuevamente, la imposibilidad de poder ejercer el derecho de defensa *en sede judicial*, es nuevamente incurrir en un exceso no implicado en la norma, creando, -pretorianamente- una sanción gravísima, penando la negligencia de la parte en sede administrativa, con la imposibilidad de acceder a la revisión judicial.



No impresiona como razonable lo sostenido en este argumento por la Corte; tanto si nos atenemos a la estructura del razonamiento, cuanto con las dimensiones involucradas. En efecto, no sólo el Tribunal reitera el error de razonamiento puesto en evidencia en los argumentos anteriores -atento la falta de implicancia de la conclusión en las premisas invocadas- sino también porque hace derivar de la pérdida del derecho a ser oído en sede administrativa, la pérdida del derecho de acceder a la justicia.

Ninguna relación puede válidamente predicarse, en términos de pérdida, entre ambos derechos toda vez que, como adelantáramos, discurren en dimensiones diferentes, tal como son el procedimiento administrativo y, el proceso judicial.

Ambos “cauces”, se caracterizan por una serie de principios que informan la actuación en cada una de las sedes. Así, mientras que el procedimiento administrativo se caracteriza, entre otros, por el principio de verdad material, impulsión de oficio e informalismo a favor del administrado, el proceso judicial se rige por el principio de preclusión, siendo la decisión tomada por el juez, quien es independiente de las partes.<sup>170</sup>

---

<sup>170</sup> Vale advertir que, de aceptarse el criterio sostenido por la Corte en el argumento bajo examen, cualquier conducta cumplida por el particular en el ámbito del procedimiento administrativo, podría sellar fatalmente su suerte en el eventual proceso judicial ulterior; aun cuando en el marco del trámite del procedimiento las formalidades no esenciales no resulten exigibles.



De esta forma, lo que en definitiva ha hecho la Corte, a partir de este argumento, ha sido equiparar el procedimiento administrativo con el proceso judicial, asignando al primero un carácter preclusivo y bilateral que claramente no posee.

Más aún, con esta postura la Corte ha retrotraído la evolución a la época del ya citado Código Varela, considerando al tránsito en sede administrativa como una verdadera "instancia" judicial, asignando al acto no impugnado en término el mismo efecto que a la cosa juzgada material.

En definitiva, al advertir las distintas dimensiones en las que discurren el procedimiento administrativo y el proceso judicial, el argumento de la Corte se desvanece. La actuación del particular en el marco del primero -ejerciendo o no los derechos que le asisten- de ningún modo puede implicar la renuncia de una garantía constitucional, como es el derecho de defensa.

d) El cuarto y último de los fundamentos invocados por el tribunal se vincula con la igualdad; en particular, con lo que podríamos denominar "igualdad de trato". Dijo la Corte: *"Sería claramente irrazonable otorgar el mismo efecto a la denuncia de ilegitimidad, que no es más que una impugnación tardíamente interpuesta, que a un recurso deducido en término. Ello implicaría colocar en pie de igualdad al*

*particular que se comporta en forma negligente respecto de aquel que actúa con diligencia para proteger sus derechos... ”.*<sup>171</sup>

En este último argumento, a nuestro modo de ver, la Corte desplaza el eje del tema en análisis, y lo traslada a una disyuntiva que no es tal; además, importa una clara declaración en abstracto que, por aplicación de la jurisprudencia de la propia Corte, debió abstenerse de efectuar.

En primer lugar, la Corte propone una comparación entre el particular diligente y quien no lo fue, justificando en ello la conclusión a la que arriba. Ahora bien: este planteo, que coloca en colisión la situación del particular impugnante respecto de otro eventual, resulta una “cortina de humo” que acaba por desplazar la cuestión esencial, cual es el control judicial de la Administración.

En efecto, adviértase que la mayor o menor diligencia del particular *no altera la eventual nulidad del acto impugnado*, ni tampoco habilita a los jueces a abdicar del control que están llamados a efectuar por mandato constitucional.

Es así que, en rigor, la propuesta de comparación efectuada por la Corte, que procura dejar en evidencia al particular negligente “en la defensa de sus derechos”, traduce lo que en lógica se denomina “la pista falsa”. La pista falsa “*es un argumento falaz cuya eficacia radica en la distracción porque se desvía la atención. Los lectores*

---

<sup>171</sup> Consid. Nro. 15



*o escuchas son distraídos por algún aspecto del tema bajo discusión que los aparta de éste. Se les obliga a atender alguna observación o afirmación que puede estar asociada con el tema discutido pero que no es relevante para la verdad de lo que originalmente se debatía”.<sup>172</sup>*

Ello ocurre, en nuestra opinión, con este argumento invocado por el Tribunal. La mayor o menor diligencia del particular en el ámbito del procedimiento administrativo carece de aptitud para alterar el rol que los jueces están llamados a ejercer respecto del control de la Administración, en el ámbito del proceso judicial. Esta es el “tema discutido”; el aspecto medular de la cuestión a establecer. Y no cabe caer en la distracción que supone el argumento aquí examinado.

En definitiva y en función de lo expresado, ninguno de los argumentos invocados por la Corte otorga andamiaje suficiente para sostener la conclusión arribada.

¿Cuál debe ser, entonces, y luego de todo lo dicho, la recta interpretación del trámite de la denuncia de ilegitimidad?

Conforme a lo expresado, a nuestro modo de ver, presentada la denuncia de ilegitimidad la Administración debe decidir, primero, su admisibilidad formal; ello, en rigor, sólo puede tener el alcance que surge de la ley; es decir, debe abrirse su trámite,

---

<sup>172</sup> IRVING M. COPI, CARL COHEN, *Introducción a la lógica*, cit. p. 155.



salvo que existieran razones de seguridad jurídica o que se hubieren excedido razonables pautas temporales, en los términos indicados por la ley. En cualquier supuesto, la Administración está obligada a decidir su admisibilidad y, va de suyo, a fundamentar lo así decidido. Tanto si decide dar trámite a la denuncia, como si no.

En igual sentido, tanto si decide no admitirla formalmente, como si decide dar trámite, y luego resuelve el fondo -expresa o tácitamente- no existe norma alguna que expresamente excluya a tales actos del control judicial. Ni tampoco es válido, conforme lo hemos desarrollado, estructurar un razonamiento falaz para llegar esa conclusión.<sup>173</sup>

Así, coincidimos con la doctrina que propone que resulta imprescindible el control judicial del acto administrativo, independientemente del momento en el que el

---

<sup>173</sup> Dice VILLOLA: "Lejos están los buenos tiempos, previos al gobierno de facto que dictó el Decreto Ley Nº 19.549/72, en que la Procuración del Tesoro la creó pretorianamente como obligación administrativa emergente de su obligación de velar por la legalidad objetiva. Por eso, consideramos que resulta imprescindible el control judicial del acto administrativo, independientemente del momento en el que el administrado lo haya impugnado..." (ver VILLOLA, LUIS MATÍAS, *La autolimitación de la justicia en el control del acto administrativo*," LL, Suplemento administrativo, septiembre de 2006, p. 36). Y agrega: "La función de la justicia es, precisamente, hacer justicia, y lo justo es que los actos válidos permanezcan vigentes mientras que los irregulares sean expulsados del plexo normativo. En consecuencia, es apropiado concluir que siempre que se someta a consideración de un juez un caso concreto donde se discuta la validez de un acto administrativo debe expedirse sobre el fondo, y proceder a la anulación del acto o no, según corresponda, independientemente de la actividad del particular en sede administrativa."



administrado lo haya impugnado.<sup>174</sup> Ello es así, aún a pesar del criterio señalado por la Corte Suprema, hace ya más de veinte años, en "Gorordo".<sup>175</sup>

Por otra parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América -cuyos precedentes ciertamente han servido de guía para nuestros tribunales en los albores de nuestra jurisprudencia constitucional (y aún hoy)- recientemente ha resuelto un caso que, a los efectos de nuestro estudio, resulta paradigmático y que, nuevamente, marca la buena senda.

Me refiero al caso "Salinas v. Railroad", resuelto por el Máximo Tribunal de aquel país el 3 de febrero de 2021.<sup>176</sup> Veamos los hechos del caso y los argumentos de la Corte para decidir como lo hizo.

En 1992, el señor Salinas reclamó que se le otorguen los beneficios por discapacidad, en los términos previstos por la Ley de Jubilación Ferroviaria de 1974

---

<sup>174</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo, t.II, FDA, Bs. As., p. III-19, p. 197.*

<sup>175</sup> Con saludable criterio, el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha establecido la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativos local en cuanto establece que la decisión que resuelve la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilita la instancia judicial (ver Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, Buenos Aires, autos "Frávega S.A. v. GCBAs/ impugnación de acto administrativo", expte. n° 13677/0, sentencia del 28-12-2006. Sin embargo, el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revocó esta sentencia el 11-9-2013. (LLCABA, 2014-1, p. 32, comentado por DE LUCCA, YANINA BRENDA, "La habilitación de la instancia a la luz de dos modelos interpretativos," LLCABA, 2014-1, pp. 32-44). Ver también, Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, autos "Solito, Roberto c/GCBA s/impugnación actos administrativos", expte. n° 30696/0, sentencia del 1-3-2011.

<sup>176</sup> Supreme Court of the Unites States (U.S.A) "Salinas v. United State Railroad Retorement Board", decided february 3 (2021) consultado en [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-199\\_o7jq.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-199_o7jq.pdf) el 14-4-2021.



debido a las lesiones graves que sufrió durante sus 15 años de carrera en Union Pacific Railroad. Las primeras tres solicitudes le fueron denegadas pero, en la cuarta petición, ya en 2013, se le concedieron los beneficios solicitados.

Luego de ello, solicitó la reconsideración del monto y de la fecha de inicio de los beneficios. Después de que se rechazó la reconsideración, presentó una apelación administrativa, argumentando que su tercera solicitud, presentada en 2006, debería reabrirse porque la Junta de Jubilación de Ferrovianos de los Estados Unidos no había considerado ciertos registros médicos. Sin embargo, la Junta denegó la solicitud de reapertura porque no se hizo "*dentro de los cuatro años*" de la decisión de 2006.

Ante ello, Salinas buscó una revisión con el Quinto Circuito, pero el tribunal desestimó la petición por falta de jurisdicción, sosteniendo que los tribunales federales no pueden revisar la negativa de la Junta de reabrir una determinación de beneficios anterior.

Sostuvo la Corte Suprema que la negativa de la Junta de reabrir una determinación de beneficios anterior está sujeta a revisión judicial, según los siguientes argumentos:

La Ley de Jubilación Ferroviaria hace que *la revisión judicial esté disponible en la misma medida que la revisión está disponible bajo la Ley de Seguro de Desempleo Ferroviario*. Por lo tanto, para calificar para una revisión judicial, la



negativa de la Junta de reabrir la solicitud de Salinas de 2006 debe constituir "cualquier decisión final de la Junta". Esta frase, al decir de la Corte, denota "*algún tipo de evento terminal*" que -al igual que lo previsto en la ley de procedimientos administrativos- marca la consumación del proceso de toma de decisiones, por el cual se determinan derechos u obligaciones, o del cual se derivarán consecuencias legales.

Por último, señala la Corte, la decisión de la Junta de otorgar o denegar la reapertura es, en última instancia, discrecional y, por lo tanto, está sujeta a revocación solo por abuso de discreción. Ello es así, porque "*la revisión judicial desempeña un papel modesto, pero importante, en la protección contra decisiones arbitrarias, incompatibles con las normas establecidas por los propios reglamentos de la Junta o contrarias a la ley...*".

Entre otras tantas reflexiones posibles, resulta interesante, a los efectos de nuestro estudio, la línea argumental que sigue el Máximo Tribunal de los Estados Unidos. En efecto, basta para ello hacer un ejercicio: asimilar el concepto de "decisión final", con la decisión que resuelve la denuncia de ilegitimidad.

Podemos así advertir que el eje central radica, tal como lo advirtió la Corte, en el hecho de que la revisión judicial esté disponible en la misma medida en la que está prevista la revisión administrativa, y en el caso ello se vincula con la apreciación de la Administración de los recaudos que tornan o no admisible la denuncia de ilegitimidad.



Tal valoración es, en definitiva, discrecional de la Administración y, precisamente por ello, sujeto a revisión judicial.

De esta manera, la conclusión arribada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Gorordo", además de no corresponderse con las premisas invocadas como fundamento, colisiona directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Conforme lo expondremos en los capítulos siguientes, consideramos que la tutela judicial efectiva resulta un principio jurídico del Estado de Derecho moderno. Ello determina la necesidad de reconfigurar la mirada del proceso administrativo, de forma tal que resulte compatible con una interpretación sistémica de todo el régimen jurídico: constitucional y procesal administrativo.

Ello surge, además, a tenor de lo que expresamente establece el art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación que, entre los criterios que deben tenerse en cuenta para interpretar la ley, alude expresamente a los tratados sobre derechos humanos, a los principios y valores jurídicos, y a la obligación de efectuar una hermenéutica coherente con todo el ordenamiento.<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup> Art. 2 del CCyC: "Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento."



Paradójicamente, será la propia Corte quien, en otros pronunciamientos,<sup>178</sup> indicará el norte a seguir en la reconfiguración apuntada.

---

<sup>178</sup> Nos referimos a los casos “Astorga Bracht” y “Rodríguez Pereyra”, que analizaremos más adelante.



**SECCIÓN TERCERA**



**IV. Estado y ordenamiento. Estado como organización y Estado como norma. Estado de Derecho. Principios y sistema jurídico.**

**IV. Estado y ordenamiento:**

En forma previa a ingresar en el desarrollo de los temas que conforman el presente capítulo, cabe efectuar una aclaración preliminar, sin perjuicio de las discriminaciones que luego precisaremos.

En tal sentido, señalamos que, en esta parte, utilizaremos el concepto de "norma" para referirnos, de manera indistinta, tanto a los principios como a las reglas. Ello nos permitirá abordar la idea de Estado como organización, del Estado como norma y, así, la noción de Estado de Derecho.

Es que, la articulación de un sistema jurídico y la determinación del rol que los principios están llamados a desempeñar en él, requiere precisar, en forma previa, el contexto institucional en el que aquellos habrán de realizarse.

Sostiene BARRA, que el Estado es un sistema jurídico en su plenitud, tanto por su carácter de sistema jurídico, como porque es su exclusivo generador. El Estado es, *a la vez, creador y parte del ordenamiento jurídico, concebido este último no sólo como un conjunto de normas o reglas de conductas, sino, fundamentalmente, ordenamiento-institución*, es decir, el complejo organizativo y sus instituciones que



producen y garantizan la eficacia de las normas, sin identificarse o confundirse con ellas.<sup>179</sup>

A su turno, y como parte de la evolución derivada de la distinción entre Estado y norma, surge el concepto de "Estado de Derecho", que no es otra cosa que el Estado sometido al derecho. Así, el "Estado de derecho" es la pieza clave del sistema, el elemento que le otorga al sistema-ordenamiento su armonía y sentido inteligible, es decir, su "idea fuerza", en la medida que es un modelo ideal que expresa un tipo de organización en sí misma apropiada para la realización del bien común. El Estado de derecho es un "estado constitucional"; es decir, un ordenamiento jurídico que se funda sobre una norma principal y de superior jerarquía, que sirve de patrón de validez para las restantes normas del ordenamiento y que, sustancialmente, establece un listado de derechos fundamentales que las normas creadas por las mayorías no pueden vulnerar.<sup>180</sup>

Por su parte, continúa afirmando el maestro argentino, la sociedad es un complejo de ordenamientos que existen en sí y por sí, aunque su efectiva vigencia social y su calificación de "jurídicos" precisen del reconocimiento por el ordenamiento que podemos denominar principal, el estatal, siempre sometido a la ley natural, con obligación de reconocer y garantizar los derechos naturales del hombre, que dan vida

---

<sup>179</sup> BARRA, RODOLFO C., *Tratado de derecho administrativo*, t.1, Abaco, Bs. As., 2017, p.

<sup>180</sup> BARRA, RODOLFO C., *Tratado de derecho administrativo*, t.1., cit. p.



a los ordenamientos anteriores al propio ordenamiento estatal. El Estado organización y el Estado-norma, es decir, el ordenamiento jurídico estatal, existe para ser suficiente garantía, según las circunstancias históricas concretas, del pleno goce de los derechos fundamentales de que son titulares cada mujer y cada hombre "de carne y hueso", derechos que emanan de la propia naturaleza humana, y son parte de la ley natural.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que, si bien el Estado expresa, conforme lo dicho, la plenitud del ordenamiento jurídico, por cierto que no lo agota; ello es así, toda vez que se encuentra condicionado por un doble vía: en efecto, por una parte, el Estado se encuentra inserto en un contexto internacional donde coexisten ordenamientos jurídicos supranacionales que se obligó a respetar, por medio de la suscripción de acuerdos internacionales. Por otro lado, el ordenamiento está también integrado por normas protectoras de derechos que se consideran propios de la naturaleza humana y que el ordenamiento sólo puede reconocer, pero no crear: se trata de los principios generales del derecho -a los que luego nos referiremos- y a los denominados *derechos humanos*, que lograron su reconocimiento y sistematización jurídica universal a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial.<sup>181</sup>

---

<sup>181</sup> Conf. Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la resol. 217 A de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948.



Será pues, en el contexto institucional apuntado y con este miraje, con el que habremos de abordar lo atinente a las reglas y principios, conscientes del dinamismo intrínseco que implica la tutela del interés público y lo mutable de la coyuntura donde tanto las reglas como los principios están destinados a coexistir.

#### **IV.2. Principios y sistema jurídico.**

En tanto entendemos, conforme luego lo expondremos, que *el derecho a la tutela judicial efectiva constituye un principio del Estado moderno de derecho*, resulta necesario analizar cuál es el alcance que cabe otorgarles y qué rol deben desempeñar dentro del sistema jurídico.

No se nos escapa, por cierto, la polisemia que puede atribuirse al concepto "principios" y cómo la definición -o redefinición- de su alcance se proyecta sobre las posibles conclusiones. Baste para ello reparar en las reflexiones que, sobre este punto, ha efectuado la doctrina.<sup>182</sup> Sin embargo, como luego veremos, precisar su alcance conceptual y su rol en la hermenéutica jurídica, resulta indispensable para otorgar andamiaje suficiente a la afirmación contenida en el párrafo anterior.

---

<sup>182</sup> Sin perjuicio de los autores que ya hemos nombrado y de quienes citaremos en lo particular, puede verse: CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2006, p. 203 y ss; y HACHEM, DANIEL WUNDER, *Principio constitucional da supremacia do interesse público*, Editora Forum, Belo Horizonte, 2011, p. 131.



Ello resulta imprescindible, además, a tenor de lo establecido por el ya citado art. 2 del Código Civil y Comercial, que exige que la hermenéutica de las normas se realice atendiendo especialmente a los principios y valores jurídicos.

En particular, y a partir del esclarecimiento del rol apuntado, habremos de contrastarlo con la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso “Gorordo”.

En esa línea, analizaremos las posiciones de algunos autores que han abordado el tema, tanto de Estados Unidos de América como de Alemania, como son ROLAND DWORKIN y ROBERT ALEXY, a fin de tener una mirada comparada con relación a los principios y reglas que se desenvuelven en un sistema de derecho, sin perjuicio de la aclaración que, a continuación, efectuaremos al respecto.

No es el objeto de la referencia a las posturas de los autores que expondremos a continuación contrastar las tesis o posiciones entre sí, sino demostrar cómo la consideración de la tutela judicial efectiva como principio jurídico, coloca en indudable perspectiva las reglas que rigen el procedimiento y el proceso administrativo. Precisamente, al cabo de la referencia de ambas posiciones, expondremos una primera conclusión que las contraste con el criterio sostenido por la Corte Suprema en el caso “Gorordo”.



A continuación, referiremos la postura de los principales exponentes de nuestro país que, a nuestro parecer, mejor han abordado el análisis de los principios en juego. Así, analizaremos la postura de los profesores JUAN FRANCISCO LINARES, RODOLFO VIGO y, fundamentalmente, de JUAN CARLOS CASSAGNE, confrontando las conclusiones con el criterio fijado por la Corte en “Gorordo”.

Por último, debemos aclarar que las referencias que se harán en cuanto al rol del juez, se limitan a la consideración que aquel realiza en la ponderación de los principios para la solución del caso. Más adelante, trataremos en profundidad la labor judicial en la evolución de las instituciones jurídicas.

Veamos a continuación, las posturas referidas.

#### **IV.3. La tesis de Dworkin.**

Si bien desde una mirada positivista el sistema jurídico es, en esencia, un sistema de reglas jurídicas que se identifican sobre la base de su validez y/o eficacia – tal como lo exponen Kelsen o Hart – puede también considerarlo, como sostiene Dworkin, como un sistema de principios. Según este criterio, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos.

Es dable aclarar, desde ahora, que la posición de Dworkin debe ser analizada en el contexto propio del sistema jurídico norteamericano; es decir, del common law,



donde el valor del precedente tiene, para el juez, un "peso específico" determinante a la hora de resolver el caso.<sup>183</sup>

En cuanto aquí interesa, DWORKIN señala que los "principios" son estándares que deben ser observados, no porque aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad.<sup>184</sup>

Tal exigencia, tomada como obligación jurídica, debe dar razón del rol que los principios están llamados a desempeñar cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas. En ese sentido, DWORKIN considera que hay dos puntos de vista que pueden tomarse en cuenta:

a) Tratar los principios jurídicos como si fueran normas jurídicas y, como tales, obligatorios, como derecho, para los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica; en este caso, el "derecho" incluye tanto los principios como las normas; o,

b) Negar que los principios puedan ser considerados obligatorios *de la misma manera* que lo son las normas, por lo que el juez, si los invoca al momento de decidir,

---

<sup>183</sup> Resulta paradigmático, en ese sentido, lo resuelto por un tribunal de Nueva York, en 1889, en el caso "Riggs v. Palmer", en cuanto a que "*todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controlados en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario*" (citado por DWORKIN, RONALD, en *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2010, p. 73.

<sup>184</sup> DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, cit. p. 72.

estará yendo *más allá* de las normas que está obligado a aplicar (es decir, más allá del derecho), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea.<sup>185</sup>

Señala DWORKIN, que cualquiera de los dos puntos de vista, corren en forma paralela respecto de las reglas. Así, de considerar a los principios como normas jurídicas, ellos resultan vinculantes para los jueces, *“de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. En el segundo supuesto, que trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen “por principio”, “cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan”*.<sup>186</sup>

En cualquier caso, resulta necesario diferenciar normas y principios, aun cuando esta tarea no resulte siempre clara. En este sentido, afirma DWORKIN, los principios tienen una dimensión que falta en las normas, y que este autor la denomina: *“dimensión del peso o importancia”*. Así, señala este autor, *es parte esencial del concepto de principio, el que tenga esta dimensión; que tenga sentido preguntar ¿qué importancia o qué peso tiene?*<sup>187</sup>

Por su parte, las normas carecen de esta dimensión. Es decir, una norma podrá ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento, pero, continúa DWORKIN, no podría afirmarse que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en

---

<sup>185</sup> DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, cit. p. 81.

<sup>186</sup> DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, cit. p. 82.

<sup>187</sup> DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, cit. p. 78.



conflicto una de las dos sustituye a la otra *en virtud de su mayor peso*. Así, de presentarse un conflicto efectivo y real entre dos normas, una de ellas deberá ser abandonada o invalidada, conforme a consideraciones lo previsto por el propio sistema jurídico para resolver tal conflicto.<sup>188</sup>

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que la forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio. Como lo advierte el propio DWORKIN, *“en muchos casos la distinción es difícil de hacer; tal vez no se haya establecido cómo debe operar el estándar y este problema puede ser en sí mismo motivo de controversia. En ocasiones una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma. Con frecuencia palabras como ‘razonable’, ‘negligente’, ‘injusto’ y ‘significativo’ cumplen precisamente esta función. Cada uno de estos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma y, de tal manera, hace que ésta se asemeje más a un principio, pero no la convierte totalmente en un principio porque,*

---

<sup>188</sup> Tal como ocurre, por ejemplo, en nuestro país, en virtud de lo establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional, que dispone: *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859”*



*incluso el menos restrictivo de esos términos, limita el **tipo** de los otros principios y directrices de los cuales depende la norma...".<sup>189</sup>*

En definitiva, a la hora de resolver un conflicto, DWORKIN considera que la única respuesta correcta será la que mejor pueda justificarse, a través de una teoría que contenga aquellos principios -y ponderaciones de principios- que mejor se correspondan con la Constitución, las reglas de Derecho y los precedentes. Será tarea del juez, señala este autor, aproximarse lo más posible a este ideal.

#### **IV.4. La tesis de Alexy**

Por su parte, ALEXY recuerda que, lo característico de los principios –en su consideración respecto de las reglas o normas- consiste en que se trata de metas o mandatos de optimización; es decir, lo esencial de los principios es que, como mandatos de optimización, pueden ser cumplidos en diversos grados, en tanto la medida ordenada de su cumplimiento depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas.<sup>190</sup>

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

---

<sup>189</sup> DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, cit. p. 79.

<sup>190</sup> ROBERT ALEXY, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2005, p. 61.



Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.<sup>191</sup>

Por otra parte, en tanto el principio apoya la regla, ha de señalarse que ésta todavía no es desplazada cuando, en el caso concreto, el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla. En tal supuesto, señala ALEXY, tienen que ser desplazados, además, los principios que establecen que deben cumplirse las reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello y que no es posible apartarse sin fundamento de una práctica que proviene de la tradición.<sup>192</sup> En cuanto al acceso a la justicia, ALEXY lo identifica como una norma de derecho fundamental.<sup>193</sup>

Hasta aquí hemos querido referir las posiciones de algunos referentes contemporáneos del derecho comparado de la filosofía jurídica, a fin de poder contrastar, aún con aquella mirada, el principio de la tutela judicial efectiva y el criterio fijado por la Corte en "Gorordo".

---

<sup>191</sup> ALEXY, ROBERT *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 68.

<sup>192</sup> ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, cit. p. 81.

<sup>193</sup> ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cit., p. 48.



Así, y sin perjuicio de lo que luego expondremos, afirmamos que la tutela judicial efectiva, es un principio que rige actualmente el Estado de Derecho. Y que tal definición obliga a una nueva mirada a los términos en los que se desenvuelve el procedimiento y el proceso administrativo.

Aún si decidiéramos optar por la posición de Dworkin y considerar que la única respuesta correcta será la que mejor pueda justificarse, a través de una teoría que contenga aquellos principios -y ponderaciones de principios- que mejor se correspondan con la Constitución, las reglas de Derecho y los precedentes, podemos señalar que, entre el criterio fijado por la Corte en “Gorordo”, y el derecho a la tutela judicial efectiva, es éste último, sin lugar a dudas, el que mejor se corresponde con la Constitución y con las reglas de derecho.

A su turno, de optarse por la posición de Alexy, y entender que el derecho a la tutela judicial efectiva como principio, o mandato de optimización, requiere que éste se cumpla en la mayor medida posible, tanto en términos fácticos como jurídicos, tampoco cabrían dudas en que el estándar fijado por la Corte en “Gorordo”, lejos está de considerarse como un cumplimiento de aquel “en la mayor medida posible”.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, el análisis que otorga el marco adecuado para la consideración del principio de tutela judicial efectiva, es el desarrollado por el profesor JUAN CARLOS CASSAGNE. A ella nos referimos a continuación:



#### **IV.5. La tesis de Cassagne. Normas, principios y valores**

Según el profesor argentino, el ordenamiento jurídico se compone de normas y principios;<sup>194</sup> las normas, se caracterizan por contener una estructura tripartita<sup>195</sup> respondiendo a una estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica -constituida por el supuesto de hecho que ella determina- como su consecuencia, se encuentran formuladas con similar propósito de precisión; a su turno, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al Derecho positivo o, a falta de éste, en su aplicación al caso concreto.

En ese sentido, CASSAGNE -al igual que la mayoría de los autores modernos- considera que los principios resultan imperativos, y su grado de supremacía respecto de las leyes positivas se acentúa, a partir de la creciente incorporación a las constituciones.<sup>196</sup> A su turno, el prestigioso profesor argentino distingue los principios de los valores, señalando, sin embargo, que aún cuando en el plano jurídico tal diferencia no suele resultar clara, se presentan bajo la forma de género y especie; ello

---

<sup>194</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, p. 69.

<sup>195</sup> a) la descripción del supuesto de hecho; b) el mandato (o cópula que expresa el deber ser); y c) la consecuencia jurídica.

<sup>196</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. p. 76.



es así, en tanto *“todo principio contiene un valor pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (v.gr. la amistad)”*.<sup>197</sup>

Resulta interesante en este punto, reparar en la aguda réplica que este autor formula respecto de la posición sostenida por ALEXY. En efecto, advierte CASSAGNE que el carácter de “mandatos de optimización” -que, conforme lo expusieramos, aquel autor atribuye a los principios- sólo podría referirse a una clase de aquellos; es decir, sólo respecto de los principios *“que predicán enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad, en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, estándares o de naturaleza política...”*.<sup>198</sup>

Agrega CASSAGNE para reafirmar tal conclusión, una observación que, para el caso que nos ocupa, resulta de importancia capital. Dice este autor: *“...basta con reparar en la mayoría de los principios generales para darnos cuenta de que no son todos mandatos de optimización y que hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos. Hasta existen principios que generan derechos del hombre que tiene primacía sobre otros como el derecho a la vida que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos). Esto*

---

<sup>197</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. p. 73.

<sup>198</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. 76.



*acontece, por ejemplo, en el campo del Derecho Público, con el principio de la tutela judicial efectiva (...) en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio.*"<sup>199</sup> (la negrita me pertenece). Luego volveremos sobre este punto.

Retomando lo atinente la naturaleza imperativa de los principios y su prevalencia respecto de las leyes positivas, el análisis torna imprescindible la referencia a lo que se ha denominado el "principalismo ius naturalista"<sup>200</sup>.

Esta tendencia -que en cierta forma aplica el esquema de FINNIS a la dogmática clásica del derecho público<sup>201</sup>- parte de la premisa -que compartimos- de que las fuentes del Derecho no provienen, necesariamente y en todos los casos, de autoridades sociales; sino que, como apunta VIGO, "*hay algo jurídico, cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente*".<sup>202</sup> Precisamente, ese

---

<sup>199</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. p. 77. En cambio, continúa Cassagne, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución. (op.cit. p. 77).

<sup>200</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. p. 81. El principalismo ius naturalista determina la prevalencia de los principios generales del derecho por sobre las normas, independientemente de su positivización normativa.

<sup>201</sup> Para una aproximación al pensamiento de FINNIS, ver: RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN, *El iusnaturalismo de John Finnis*, Anuario de Filosofía del Derecho, Santiago de Compostela, 1993, p. 375-406.

<sup>202</sup> VIGO, RODOLFO LUIS, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Distribuciones Fontamara, México, 2003, p. 156.



“algo jurídico”, son los principios generales del Derecho. Como dice CASSAGNE: “*el ‘principalismo’ constituye la tendencia especulativa que asigna predominio a los principios sobre las normas, considerando que ambas categorías constituyen reglas jurídicas vinculantes y fuentes del derecho.*”<sup>203</sup>

Estos principios generales -comunes, por cierto, a todo el Derecho- tienen también la aptitud de gestarse en el ámbito de la propia disciplina jurídica.<sup>204</sup> Sin embargo, el sentido de estos principios -tanto los comunes como los específicos- no puede desconocer el fundamento último y principal que rige las relaciones entre el Estado y los particulares: el de la dignidad humana. El principio de la dignidad humana alude al rango superior que se le reconoce al hombre como persona sobre el conjunto de los seres creados, máxima dignidad que, por esencia, reside en la naturaleza racional del hombre.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Reflexiones sobre el principalismo y el neconstitucionalismo*, actualmente en prensa, a publicarse en Diario Jurídico Español El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (dirigido por Santiago Muñoz Machado).

<sup>204</sup> Dice CASSAGNE: “*El Derecho Administrativo es, sin duda, el terreno más fértil y propicio para la aplicación e integración de los principios generales del Derecho. Así se desprende de su propia naturaleza como rama no codificada ni codificable en su totalidad que, en sus orígenes y aún hoy en algunos de los principales países de Europa, es de creación eminentemente pretoriana. Esto explica, de algún modo, la trascendencia del papel que cumplen los principios generales y ‘su contribución a forzar la coherencia del orden normativo, así como su utilidad para llenar las lagunas del Derecho.*” (conf. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. p. 117).

<sup>205</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. p. 110.



Es atendiendo a tal reconocimiento que VIGO señala: *“es claro que todo hombre tiene una igual dignidad ontológica que se revela en su ser completo e incommunicable, y también una dignidad moral que se alcanza en el ejercicio de sus actos racionales y libres. Es aquella dignidad inherente lo que constituye título suficiente para contar con ciertos derechos humanos que son naturales dado que se fundan en la naturaleza humana, pero esa existencia no implica el automático respeto, la vigencia y el conocimiento de los derechos naturales, de ahí que su violación genera responsabilidad jurídica, al margen de que lo contemple o no el derecho nacional positivo...”*<sup>206</sup>

Precisado lo anterior, y sin perjuicio de las distintas clasificaciones que pueden formularse respecto de los principios generales del Derecho, analizaremos aquí la que distingue entre los principios fundamentales y los institucionales o sectoriales.

Los principios fundamentales son aquellos que dan cimiento al ordenamiento jurídico en general y que suelen encontrarse incorporados en la Constitución; ello, sin perjuicio de que puedan existir también principios fundamentales que no se encuentren expresamente referidos en ella. Estos principios se vinculan con el Estado de Derecho y tienen particular relevancia para el Derecho Administrativo (vgr. separación de

---

<sup>206</sup> VIGO, RODOLFO LUIS, *La ley natural y la ciudad*, Prudentia Iuris N° 72, 2011.



poderes, supremacía constitucional -art. 31 CN-, principio de razonabilidad -art. 28 CN-).

A su turno, los principios generales sectoriales o institucionales se refieren a un sector específico del Derecho Administrativo. Así, por ejemplo, la autotutela de los bienes del dominio público, la continuidad y regularidad de los servicios públicos, la especialidad de la competencia, la presunción de legitimidad del acto administrativo, los principios propios del procedimiento administrativo.

Conforme lo expondremos a continuación, entendemos que la tutela judicial efectiva se encuentra dentro de los principios generales fundamentales, en tanto, como ampliación de la inviolabilidad de la defensa, constituye una de las piedras basales del ordenamiento jurídico.

#### **IV.6. El principio de la tutela judicial efectiva y su incompatibilidad con el criterio sostenido por la Corte Suprema en el caso "Gorordo". El test de proporcionalidad.**

Se ha señalado que el concepto de "paradigma" -usualmente empleado en el campo de las ciencias físicas y naturales (y, en general, en el de la historia de las ciencias)- se utiliza para explicar el fenómeno propio de la transformación de las instituciones. En tal sentido, KUHN refiere que los paradigmas "*son revoluciones*



*científicas” y que “la transición sucesiva [de un paradigma a otro] por medio de una revolución es el patrón usual de desarrollo de una ciencia madura.<sup>207</sup>*

Con tal mirada, habremos de sostener que la tutela judicial efectiva es, verdaderamente, en el campo procesal, el nuevo paradigma central que informa a todo el sistema protectorio de los derechos de las personas. Ello es así, ya sea que se la conciba como un principio, como un derecho, o como una garantía. Es, en definitiva, un “megaprincipio” que engloba a los subprincipios que, en el derecho clásico, integraban la garantía de la defensa en juicio, poniendo el acento en la protección judicial. De allí también, que se haya entendido que la tutela judicial efectiva ostente una “triple faz”; es decir, como principio, como derecho y como garantía.<sup>208</sup>

Sin embargo, y dada la amplitud que cabe otorgarle a este principio, también puede considerarse que en él confluyen, a modo de arco poliédrico, numerosos principios que, por su intermedio, cobran particular relevancia. Así, por ejemplo, el derecho de defensa, el principio de razonabilidad y, esencialmente, el principio de legalidad (o, en su versión más amplia, de legitimidad).

Este último punto, creemos, resulta de vital importancia al tiempo de contrastarlo con el criterio sostenido por la Corte Suprema en el caso “Gorordo”.

---

<sup>207</sup> KUHN, THOMAS S, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, octava reimpresión, Buenos Aires, 2004.

<sup>208</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. p. 624



En efecto, el principio de legitimidad exige que las decisiones estatales, además de estar sustentadas en normas del derecho positivo, sean justas, razonables, valiosas. A ello se contraponen el concepto de "arbitrariedad", que se define como aquel "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho".<sup>209</sup> Así, como dice CASSAGNE, el concepto amplio de arbitrariedad se vincula con el de "irrazonabilidad" ya que *"es posible sostener que implica una actuación injusta (en el sentido de afectar al valor justicia o a los principios generales del Derecho), o bien, una actividad contraria a la razón y, como tal, contradictoria o absurda, en el plano lógico."*<sup>210</sup>

En este punto, cabe preguntarnos: ¿Cuáles son los principios en juego cuando se requiere el control judicial del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad? ¿Cómo deben ponderarse los eventuales intereses en pugna? ¿Hay una colisión de principios?

Es claro que, de una parte, tenemos el principio de la tutela judicial efectiva - en su modalidad de acceso a la justicia- que, conforme hemos expuesto, resulta mandatorio, vinculante y superior a las leyes positivas.

¿Cuál es el principio que ha privilegiado la Corte en "Gorordo"? ¿Hay, acaso, un principio que rijan a la Administración Pública a -por ejemplo- no ser sometida a juicio, o, peor aún, un principio de "antilegalidad"? Claramente no. Por el contrario,

---

<sup>209</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>210</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. p. 245 y 246.



el principio de legitimidad -que, como vimos, integra como fundamento basal el principio de la tutela judicial efectiva- no sólo también rige para la Administración Pública, sino que, asimismo, le resulta vinculante.

Y el criterio de la Corte en "Gorordo" lo vulnera de manera manifiesta, en tanto traduce una especie de principio de "antilegalidad" que termina siendo priorizado frente al de la tutela judicial efectiva.

A su turno, el criterio de la Corte vulnera también el principio de razonabilidad, conforme lo veremos a continuación:

Si bien el concepto de razonabilidad -consagrado como principio general en el art. 28 de la Constitución Nacional- puede tener varios significados, compartimos la clasificación propuesta por LINARES.

Este autor refiere una triple significación según sea técnica, axiológica, o científica.<sup>211</sup> Así, una acepción *técnica*, que relaciona los medios razonables para obtener un fin; es decir, una adecuación entre los medios y los fines. Luego, en el campo de la *axiología jurídica*, la razonabilidad alude al fundamento de los valores específicos del plexo axiológico (vgr., solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad orden), y aparece, en su totalidad, en el valor justicia. Así, afirma LINARES, "*la justicia es así racionalizadora de los otros valores. Éstos son razonables en cuanto se fundan*

---

<sup>211</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina.*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 108.



*en la justicia.*".<sup>212</sup> Por último, en ciencia del derecho, la razonabilidad es la razón suficiente de una conducta compartida; pudiendo ser de *esencia, de existencia, o de verdad*. La primera, se presenta cuando la conducta se funda en una norma jurídica; la segunda, cuando el fundamento es el mero hecho de que el fundamento jurídico se da, y la tercera, cuando tiene fundamento de justicia.

Así, concluye LINARES, si bien estos tres fundamentos pueden concurrir o darse solamente en forma aislada (en cuyo caso la razón suficiente sólo sería parcial), **"cuando se habla de razonabilidad en sentido lato, de una ley, sentencia, o acto administrativo, se mientan con ello los tres factores de razón suficiente: existencia, esencia y verdad (justicia)".**<sup>213</sup> Y por **razonabilidad en sentido estricto** sólo se entiende el fundamento de verdad o justicia.

Es, precisamente, esta última acepción a la que aludimos cuando nos referimos a la razonabilidad como principio general. En función de ello, por ejemplo, una sentencia será irrazonable, cuando es injusta.

A este principio de razonabilidad en sentido estricto, también se lo ha llamado (reconociendo una influencia de la doctrina alemana) como **principio de proporcionalidad**.

---

<sup>212</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina.*, Astrea, Buenos Aires, 2002, cit. p. 108

<sup>213</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina.*, Astrea, Buenos Aires, 2002, cit. p. 108.



Sobre el punto, precisa CASSAGNE, este principio traduce una aplicación de justicia que obra como límite a las restricciones que alteran los derechos fundamentales o humanos y se integra, según este autor, con tres subprincipios: *a) adecuación; b) necesidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto.*

Sin perjuicio del análisis que haremos a continuación respecto de estos tres subprincipios, cabe tener presente, de forma simultánea, el criterio fijado por la Corte en "Gorordo", en tanto ello nos permitirá cotejarlo con la dimensión de aquellos.

Así, el juicio de *adecuación*, supone valorar la idoneidad o aptitud del medio empleado para alcanzar la finalidad perseguida con su dictado. A su turno, el juicio de *necesidad*, exige valorar si la medida adoptada es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces y que la restricción impuesta por la norma resulta necesaria si no hubiera otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia. Por último, el tercer subprincipio, de *proporcionalidad en sentido estricto*, supone un juicio de valoración acerca de si los medios elegidos y el sacrificio que generan sobre los ciudadanos compensan o guardan una relación razonable o proporcional con los beneficios que de su aplicación resultarían para el interés general.<sup>214</sup>

---

<sup>214</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, cit. p. 277.



En este contexto, cabe concluir que el criterio fijado por la Corte en “Gorordo” no satisface ninguno de los criterios de razonabilidad que hemos señalado.

En efecto, en la mirada de LINARES, lo decidido por el Máximo Tribunal no resulta razonable, por cuanto, como vimos, ningún fundamento normativo establece la prohibición de revisión judicial del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad; ello impide poder efectuar una valoración de la razonabilidad “técnica”; por su parte, tampoco desde la “axiología jurídica” la decisión de la Corte resulta razonable. Cabe preguntarnos: ¿cuáles son los valores específicos que procuran salvaguardarse al impedir la revisión judicial del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad? Ninguna respuesta brinda la Corte sobre el punto; antes bien, deja en evidencia lo contrario. Por último, si entendemos la razonabilidad desde la ciencia del derecho, nuevamente cabe arribar a igual conclusión. No hay razones de esencia ni de existencia en tanto no hay norma jurídica que establezca la restricción; menos aún hay razón de verdad, toda vez que, por el contrario, la conclusión es injusta.

Por otra parte, en la mirada de CASSAGNE, tampoco el criterio de la Corte sortea el test de proporcionalidad. Así, la ausencia de norma expresa, como así también, la omisión de la Corte de precisar cuáles son los principios que privilegia sacrificando el de la tutela judicial efectiva, impide realizar el juicio de “adecuación”, de “necesidad” y de “proporcionalidad en sentido estricto” que hemos referido.



En definitiva, y tal como hemos analizado, ningún juicio de ponderación ha propuesto el Máximo Tribunal de la Nación, para justificar el sacrificio de los principios de legitimidad, de razonabilidad, y el de la tutela judicial efectiva.

Antes bien, traduce una mirada dogmática, autoritaria, y arbitraria que no se corresponde con el alcance que corresponde asignar a la tutela judicial efectiva en el marco del sistema interamericano de derechos humanos.

Precisamente a tal alcance nos referiremos en el capítulo siguiente.



**SECCIÓN CUARTA**



V. **El derecho a la tutela judicial efectiva. Su origen histórico. Su evolución en la interpretación en los Tratados internacionales de derechos humanos. Su rango constitucional.**

*"Cada persona merece su día en la corte de justicia"*

No parecen haber dudas en cuanto a que el origen del debido proceso, se remonta a la Carta Magna de 1215, en la que el rey de Inglaterra, Juan "sin tierra", se comprometió a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no sancionarlos ni con prisión o muerte o confiscar sus bienes, mientras que aquellos no fuesen juzgados por "sus iguales".<sup>215</sup>

Asimismo, en 1789 la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en la V enmienda estableció que a nadie: *"se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal"*, disponiendo también la XIV enmienda que: *"tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal"*. Similar disposición puede verse en el art. 18 de la Constitución Nacional argentina.

---

<sup>215</sup> La sección 39 de la Carta Magna establecía: *"Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país"*.



Así, el debido proceso legal, como garantía constitucional, comprende, al decir de CHICHIZOLA<sup>216</sup>, y en lo que aquí interesa:

- a) El derecho a la jurisdicción, o sea, la facultad que tiene toda persona de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener la tutela de sus derechos;
- b) La facultad de tomar conocimiento de la pretensión deducida en su contra, de ser oído en juicio, de contar con asistencia letrada, producir pruebas y obtener una sentencia que oportunamente resuelva la causa;
- c) La sustanciación del proceso ante el juez natural, es decir, ante el tribunal permanente designado por la ley antes del hecho de la causa, con exclusión de todo tipo de comisiones especiales;
- d) La observancia del procedimiento regular que establece la ley para el tipo de proceso que corresponda;

Precisamente, como una evolución del debido proceso legal, el derecho a la tutela judicial efectiva surge en Europa, como derecho constitucional, a modo de reacción a la situación jurídica anterior al conflicto mundial.

---

<sup>216</sup> CHICHIZOLA, MARIO, *El debido proceso como garantía constitucional*, La Ley, 1983-910. Id SAII: DACN870129.



En efecto, después de la segunda guerra mundial y probablemente a causa de las atrocidades cometidas con ocasión de ella, surgió con creciente vigor la cultura de los derechos humanos como expresión de la reacción de la conciencia de la comunidad universal contra esa barbarie.

Sin embargo, como señala BARRA, *“estos derechos humanos existen fuera del ordenamiento, dado que lo preceden, aunque se ejercen en su seno, en la medida que todo el sistema jurídico, para ser reconocido como tal, debe estar al servicio de su protección y efectiva vigencia, conforme las circunstancias históricas vayan identificándolos y señalando la necesidad de su protección a través de distintos institutos jurídicos esparcidos por todas las ramas del mismo ordenamiento. Dicho reconocimiento se expresa habitualmente en las constituciones de los Estados, por lo que el derecho constitucional es la rama del ordenamiento normativo que fundamenta el autosometimiento del complejo sistémico “ordenamiento jurídico” a los derechos humanos...”*<sup>217</sup>

Así, una de las tendencias más relevantes del nuevo orden internacional, que surgió al final de la guerra de 1945, estuvo centrada en el desarrollo de los derechos humanos. Las nuevas Constituciones “pretendieron frenar los embates del poder

---

<sup>217</sup> BARRA, RODOLFO C., *Tratado de derecho administrativo*, t.1., cit. p.



público en los dos frentes más amenazados: en materia penal y contencioso-administrativa".<sup>218</sup>

La Constitución italiana de 1948 fue la primera que consagró expresamente en su texto el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>219</sup> De igual manera, en Alemania, el artículo 19 IV de la *Grundgesetz* (en 1949) consagró ese derecho fundamental.<sup>220</sup>

En los distintos instrumentos de orden internacional también se encuentra reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva. Así -y sin perjuicio de que luego volveremos sobre ellos- podemos mencionar el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>221</sup> del 10 de diciembre de 1948, el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos<sup>222</sup> del 4 de noviembre de 1950,

---

<sup>218</sup> PRADO MONCADA, RAFAEL G., *Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano*, febrero 2003, *Lex. Difusión y análisis*, año VII, número 92, p. 21.

<sup>219</sup> El artículo 24 de la Ley Fundamental italiana establecía: "Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado de procedimiento".

<sup>220</sup> El texto de la Constitución alemana era el siguiente: "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios".

<sup>221</sup> "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

<sup>222</sup> "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella..."



el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>223</sup> del 19 de diciembre de 1966, y los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)<sup>224</sup> del 22 de noviembre de 1969, establecen el derecho a la tutela judicial efectiva.

A su turno, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sancionada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, regula expresa y específicamente en su artículo 47 el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.<sup>225</sup> También, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 recoge el derecho al acceso a la jurisdicción,<sup>226</sup> al juez ordinario predeterminado por la ley<sup>227</sup> y a la defensa.<sup>228</sup> Y también en la Constitución española de 1978 se prevé expresamente el

---

<sup>223</sup> "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...".

<sup>224</sup> "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

<sup>225</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, refiriéndose a Europa, ha dicho que "*Hoy existe, virtualmente, en todos los países occidentales europeos (y, desde luego, así lo proclaman la jurisprudencia supranacional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) un derecho universal al juez, que no encuentra valladar alguno oponible. La plenitud del sometimiento de los aparatos públicos a la Ley y al Derecho y su correlativo sometimiento a las acciones judiciales de protección, de modo que es sometimiento sea realmente efectivo, ha pasado a ser así, de este modo, un rasgo esencial y común en la concepción europea del Estado de Derecho*". Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, México, FUNDAP, 2003, p. 55.

<sup>226</sup> Ver art. 19.44.

<sup>227</sup> Ver art. 101.15

<sup>228</sup> Ver art. 103.16



derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>229</sup> En el derecho anglosajón, el derecho a la tutela judicial efectiva es el equivalente a la obligación de respetar el *due process of law*, que también aparece contemplado en las Enmiendas VI y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene una amplitud muy grande. Este derecho contiene varios principios que surgen para establecer un sistema de control jurisdiccional. En este sentido, tal derecho, no solamente supone el acceso a los órganos de la jurisdicción, "sino que va mucho más allá y regula el acceso a los distintos recursos que prevé el ordenamiento jurídico, un sistema efectivo de protección cautelar a las pretensiones del particular, así como la observación de ciertas garantías que aseguren el derecho a un debido proceso y supone, igualmente, la obtención de una sentencia eficaz".<sup>230</sup>

Pero, además, el derecho a la tutela judicial efectiva implica que, como dice la ya citada Constitución española, en ningún caso pueda producirse "indefensión". Esto, en nuestra opinión, es clave para dimensionar adecuadamente este derecho fundamental.

---

<sup>229</sup> El art. 24, inc. 1) establece: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"

<sup>230</sup> PRADO MONCADA, RAFAEL G., *Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano*, cit. p. 21.



En efecto, tal como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional español en reiterados pronunciamientos, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de armas de las partes que impide y dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho (...) que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional”.<sup>231</sup>

En ese sentido, se ha señalado, en primer lugar, que el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, junto con el principio de contradicción que rige el proceso judicial y la igualdad de armas en la defensa de las partes, sean esenciales para no producir indefensión.<sup>232</sup>

---

<sup>231</sup> Tribunal Constitucional de España: Sentencia 40/2002 del 14 de febrero (BOE núm. 63 del 14 de marzo de 2002), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4576> en fecha 13-04-2021; sentencia 14/2008 del 31 de enero (BOE núm. 52 del 29 de febrero de 2008), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6246> el 13-04-2021; sentencia 62/2009 del 9 de mayo (BOE nº 91 del 14 de abril del 2009), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6481> el 13-04-2021; sentencia 127/2011 del 18 de julio (BOE núm. 197 de 17 de Agosto de 2011), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6909> el 13-04-2021; sentencia 108/2012 del 21 de mayo (BOE núm. 147 de 20 de junio de 2012), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22948> el 13-04-2021; sentencia 6/2019 del 17 de enero (BOE núm. 39 del 14 de febrero de 2019), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25838> el 13-04-2021; sentencia 155/2019 del 28 de noviembre (BOE núm. 5 del 6 de enero del 2020) consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26126> el 13-04-2021.

<sup>232</sup> Tribunal Constitucional de España,. Sentencia 21/2020 del 11 de febrero (BOE núm. 59 del 9 de marzo de 2020), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26233> el 13-04-2021; Sentencia 22/2001 del 29 de enero (BOE núm. 52 de 1 de marzo de 2001), consultado



En segundo lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a un proceso con todas las garantías, que implica el acceso a un juez legal imparcial o al Juez ordinario predeterminado por la ley, y que pretende mantener y asegurar en el proceso su neutralidad en relación con los intereses en conflicto. Asimismo, el derecho de acceso al proceso lo es a cada una de sus instancias. Así, en la primera instancia, rige el derecho a la tutela judicial efectiva en toda su amplitud, mientras que el derecho de acceso a los recursos, lo ha de ser con arreglo al sistema de recursos preestablecido y bajo el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que condicionan su admisibilidad. Y, como consecuencia de ello, el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso para acceder al sistema judicial que en las sucesivas.

En efecto, respecto del principio *pro actione*, cabe recordar que, aun cuando formalmente no se encuentre expresado en una disposición constitucional, también constituye una concretización del *pro homine* en el ámbito procesal y, en particular, con aquellos atributos que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Tal subprincipio, por cierto, tampoco opera o recae con la misma intensidad sobre todos los derechos que forman parte de la tutela jurisdiccional. Así, por ejemplo,

---

en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4318> el 13-04-2021; sentencia 61/2007 del 26 de marzo (BOE núm. 100 del 26 de abril de 2007), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6028> el 13-04-2021, sentencia 5/2020 del 15 de enero (BOE núm. 39 del 14 de febrero de 2020), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26198> el 13-04-2021.



en relación con el derecho de acceso a la justicia, este exige del intérprete que las condiciones o las limitaciones que la ley pueda establecer deban ser interpretadas de manera tal que se optimice al mayor grado la efectividad del derecho. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú ha llamado la atención exigiendo que las normas que limitan el derecho de acceso a la justicia (las llamadas «condiciones de la acción», como la obligatoriedad de agotar la vía administrativa) deban ser interpretadas “...*en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito...*” y que una interpretación como la que venía haciendo con anterioridad (en el sentido de ocasionar la caducidad y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial) “...*no resulta acorde con el principio pro homine y pro libertatis de la interpretación constitucional, según los cuales, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio...*”.<sup>233</sup>

---

<sup>233</sup> Tribunal Constitucional de Perú: (Loreto), autos “Triplay Iquitos SA”, STC 0499-2002-AA/TC, sentencia del 16/10/2002, consultado en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00499-2002-AA.pdf> el 14-04-2021; (Junín), autos “Roberto Otilio Gago Porras y otros, STC 0075-2004-AA/TC, sentencia del 5/05/2007, consultado en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00075-2004-AA.pdf> el 14-04-2021; (Lima), autos “Máximo Valeriano Ramos Ochoa”, STC 00252-2009-AA/TC, sentencia del 7/10/2004, consultado en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00252-2009-AA.html> el 14-04-2021; (Lima), autos “Cormin Callao S.A.C.”, STC 05037-2011-AA/TC, sentencia del 24/08/2012, consultado en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/05037-2011-AA.html> el 14-04-2021; (Cusco), autos “Carlos Dueños Olivera”, STC 02061-2013-AA/TC, sentencia del 13/08/2014, consultado en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02061-2013-AA.html> el 14-04-2021.



En otra oportunidad, y en sentido similar, el Tribunal Constitucional de España, destacó que el derecho de obtener una sentencia que se pronuncie sobre una pretensión es una manifestación del derecho a la tutela judicial y, como tal, si bien exige que el justiciable previamente satisfaga las condiciones de la acción que la ley establece, *“no puede perderse de vista que ésta debe ser interpretada y aplicada de tal forma que se haga efectivo el derecho de acción o derecho de acceso a la jurisdicción...”*.<sup>234</sup>

Con igual criterio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un caso contra nuestro país que, si bien no versaba sobre denuncia de ilegitimidad, sí ventilaba cuestiones relativas al agotamiento de la vía administrativa, como requisito para acceder a la justicia, dijo que: *“Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”*.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Loreto, autos “Nora Luz Cacha y Rengipo”, STC W 112-2002-AA/TC, sentencia del 30/09/2004, consultado en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02802-2003-AA.pdf> el 14-04-2021.

<sup>235</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Costa Rica). Informe N° 105, Caso N° 10.194, “Narciso Palacios. Argentina”, del 29 de septiembre de 1999, consultado en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20fondo/Argentina10.194.htm> el 15-04-2021.



**V.1. Los Tratados Internacionales de derechos humanos en la Constitución Nacional. Su impacto jurídico.**

Si bien ya han transcurrido más de veinticinco años desde la reforma de la Constitución Nacional en 1994, vale recordar que aquella adicionó nuevos elementos para la tutela de los derechos de los particulares. Así, y en cuanto aquí interesa, cabe destacar la incorporación en el texto constitucional de diversos tratados internacionales que reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva.

De esta manera, los instrumentos de carácter internacional que han sido incorporados en el art. 75, inc. 22) de la CN, se erigen como instrumentos eficaces para la defensa de los derechos del administrado.

La aludida norma incorporó a la Constitución Nacional los siguientes tratados: "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la



Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño”; de esta forma, los tratados pasan a ser de aplicación obligatoria al ordenamiento jurídico interno –entre los que se encuentra el proceso administrativo- debiendo entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la propia Constitución.

Así, el proceso administrativo debió haber recibido un gran impulso por parte de normas de carácter supranacional que son de aplicación directa. Por lo demás, ello no sólo ocurre en Latinoamérica, sino también –y como ya apuntáramos- en algunos ordenamientos de Europa.<sup>236</sup>

En definitiva, la recepción por parte del sistema jurídico argentino de los derechos que consagran los tratados internacionales sobre derechos humanos (como el de tutela judicial efectiva, razonabilidad, el amparo, entre otros), se vio favorecido, en primer lugar, por una serie de principios de rango constitucional anteriores a la reforma constitucional de 1994, en segundo lugar, por la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, en tercer lugar, por la incorporación, en 1994, de los tratados internacionales que se mencionan en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.<sup>237</sup>

---

<sup>236</sup> GONZÁLEZ MARIÑAS, PABLO, *La influencia del derecho comunitario europeo en la teoría tradicional del acto administrativo*, cit. p. 17 y ss

<sup>237</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La tutela judicial efectiva. Incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*, publicado en “Fragmentos de derecho administrativo. Entre la justicia, la economía y la política, Ed. Hammurabi, Bs.As., p. 131 y ss.



En cuanto al grado de evolución, afirmaba PEREIRA ANABALÓN, nos encontramos en una etapa donde no se trata sólo de proclamar los derechos fundamentales de la persona o de promoverlos o de protegerlos, “sino de la obligación de los Estados de respetarlos y de adoptar los instrumentos adecuados para que sean reales y efectivos. Estas obligaciones se asumen no solamente en función de los seres humanos, sin distinciones de ninguna clase, sino también frente a los demás Estados y a la comunidad internacional”.<sup>238</sup>

En esa línea, recuerda GORDILLO, los tratados internacionales que establecen estos principios y derechos, y que han sido incorporados al ordenamiento interno argentino “*constituyen no solamente derecho supranacional sino también y cuanto menos, al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas. [...]. Esa adicional nota de derecho interno es ahora de nivel constitucional*”.<sup>239</sup>

De ello se deriva, asimismo y tal como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, “*un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su*

---

<sup>238</sup> PEREIRA ANABALÓN, HUGO, *La protección de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, t. XL, núms. 172-173-174, julio – diciembre de 1990, p. 238.

<sup>239</sup> GORDILLO, AGUSTÍN – FLAX, GREGORIO, *Derechos humanos*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, p. II-13.

*jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias<sup>240</sup> para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1<sup>241</sup> de la Convención [...]”.242*

De tal forma, los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en dicha Convención.<sup>243</sup> La obligación que impone a los Estados el artículo 2 de la

---

<sup>240</sup> “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

<sup>241</sup> “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>242</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica CIDH, caso “Cantos vs. Argentina”, sentencia del 28-11-2002 cit. párrafo 49, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_97\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf) el 15-04-2021. y “Bámaca Velásquez vs. Guatemala” párrafo 194, sentencia del 25/11/2000 consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_70\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf) el 15-04-2021.

<sup>243</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso “Castillo Petruzzi vs. Perú” (párrafo 205) sentencia del 30-5-1999. Consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf) el 15-04-2021 y recientemente caso López y ot. Vs. Argentina, sentencia del 25-11-2019. Consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_396\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf) el 15-04-2021.



Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a "*adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*", según ha sostenido la Corte Interamericana de derechos Humanos, implica la adopción de medidas en dos clases, a saber:

- a) por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención;
- b) por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.<sup>244</sup>

En la medida en que los tratados amplían la esfera de derechos de los individuos y los derechos de incidencia colectiva garantizados en la primera parte de la Constitución, obviamente no se contraponen a ella, sino que la complementan.<sup>245</sup>

Pero, además, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos,

---

<sup>244</sup> CIDH, Caso Castillo Petruzzi. vs. Perú, cit., párrafo 207.

<sup>245</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Fuentes supranacionales del derecho administrativo*, en CASSAGNE, JUAN CARLOS (director), *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 246.



como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de los órganos de protección como son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>246</sup>

Por lo demás, no es difícil descubrir que existe toda una estructura de principios y valores que, coordinados con el objeto y el fin de los tratados sobre derechos humanos, obliga a cumplirlos de buena fe.

Así también lo señalaba BIDART CAMPOS, destacando que *“se observa una simetría entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, porque ambos apuntan a un Estado democrático, y porque el primero se inclina a tener aplicación y efectividad en la jurisdicción interna de cada Estado que es parte en el sistema.”*<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica CIDH, Caso “Cesti Hurtado vs. Perú”, párrafo 186, sentencia del 29-09-1999. Consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_56\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf) el 15-04-2021

<sup>247</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*, en NIETO NAVIA, RAFAEL (editor), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, 1994, p. 41.



V.2. **El deber de los Estados de adecuación de la legislación interna a la Constitución y a los tratados de derechos humanos**

En el derecho internacional, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente. Congruente con lo anterior la Convención Americana establece la obligación de cada Estado parte para adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.<sup>248</sup>

Esta obligación del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser *efectivas*. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su

---

<sup>248</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, Caso Garrido y Baigorra vs. Argentina, cit. párrafo 68, sentencia del 27-08-1998 consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_39\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf) el 15-04-2021. CIDH, Caso Garrido y Baigorra vs. Argentina, sentencia del 27-8-1998, párrafo 68 y caso "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y ot.) vs. Chile", sentencia del 5-02-2001, párrafo 87 consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf) el 15-04-2021.



conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ellas.<sup>249</sup>

El compromiso adquirido para cumplir con las disposiciones de la Convención, así como sus consecuencias, no involucran únicamente al gobierno o a la administración pública, sino al Estado en su conjunto. Esto significa que dicho compromiso y consecuencias se extienden a todos los órganos del Estado: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, y demás entes que integren la estructura del Estado (por ejemplo, entes autónomos, etcétera). Ninguno de ellos podrá sustraerse a los compromisos adquiridos por el Estado, interpretando que éstos sólo atañen al Ejecutivo.<sup>250</sup>

Esto quiere decir que la obligación contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción, implica –a su vez- el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

---

<sup>249</sup> "Caso Garrido y Baigorra vs. Argentina, cit. párrafo 69.

<sup>250</sup> PSJCR, Arts. 1 y 2; ver también, García Ramírez, Sergio, y del Toro Huerta, Mauricio Iván, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en García Ramírez, Sergio (coord), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-CIDH, 2001, p. 31.



Por lo demás, esta obligación fue expresamente reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>251</sup>

De tal forma, sostiene GORDILLO, una vez suscrito un tratado, ratificado y depositado, por definición no le es oponible norma alguna del derecho interno de los países signatarios, inclusive de sus respectivas Constituciones.<sup>252</sup>

El rápido crecimiento en el número de tribunales internacionales durante las últimas décadas y la consiguiente proliferación de sus fallos han tenido, a su turno, indudable impacto sobre las sentencias de los tribunales nacionales.

En efecto, cada vez más los jueces nacionales están tomando en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales, para así evitar interpretar sus leyes internas de una manera que podría violar las obligaciones internacionales de su país, o

---

<sup>251</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", sentencia del 29-7-1998, párrafo 166, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf) el 15-04-2021; Caso "Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y ot.) vs. Perú", sentencia del 24-11-2006, párrafo 92, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf) el 15-04-2021; caso "Almonacid Arellano y otr. vs. Chile", sentencia del 26-09-2006, párrafo 110, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf) el 15-04-2021.

<sup>252</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *La creciente internacionalización del derecho*, en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México, UNAM, 2002, p. 73.



bien para adecuar su derecho interno a las normas legales internacionales emergentes.<sup>253</sup>

Un sistema interno de derechos humanos de un estado democrático no ha de poner vallas ni cohibir a la fuente internacional, porque la completitud con la cual el sistema, sostiene BIDART CAMPOS, "*no es compatible con egoísmos*".<sup>254</sup>

Además, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, "especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos"<sup>255</sup> para adecuar sus normas jurídicas a la legislación internacional que él por voluntad propia se obligó a cumplir.

---

<sup>253</sup> BUERGUENTHAL, THOMAS, *La jurisprudencia internacional en el derecho interno*, en NIETO NAVIA, RAFAEL (editor), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, 1994, p. 67.

<sup>254</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*, en NIETO NAVIA, RAFAEL (editor), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, cit. p. 49.

<sup>255</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica CIDH, caso "Loayza Tamayo vs. Perú", sentencia del 17-9-1997, párrafo 80, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf) el 15-04-2021 y "Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2-07-2014, párrafo 186, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf) el 15-04-2021.



### **V.3. El derecho a la tutela judicial efectiva previsto en los tratados internacionales y su impacto en el proceso administrativo.**

Es así, que resulta significativa la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la causa "Kraska c/Suiza", del 19 de abril de 1993, por la cual se estableció el principio de igualdad de armas del ciudadano y la Administración, tanto en el procedimiento administrativo como en los procesos judiciales.

Así, fundado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos —similar al citado art. 8 de la Convención Americana— sostuvo que la garantía de defensa: "... se ve enfocada desde el "principio de igualdad de armas", que motiva que el proceso se construya en todas sus fases, instancias y trámites en forma equilibrada para las partes personadas, de modo que éstas no gocen de ninguna ventaja en la exposición de sus alegaciones, que no sufran ningún trato discriminatorio o injustificado de la Administración y valoración de las pruebas que menoscabe su posición procesal, y que el fallo judicial se elabore de modo equitativo sobre el mismo proceso..."<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> BANDRE SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 99.



El derecho fundamental de tutela judicial efectiva, que establece implícitamente el artículo 18 y el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, garantiza que cualquier persona pueda acudir ante los tribunales y que éstos le administren justicia pronta y expedita, lo que supone la posibilidad no sólo formal sino también real de que cualquier persona pueda acceder a los órganos jurisdiccionales y contar con las garantías de un proceso justo y equitativo.

Es así que, tal como expresáramos, el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos fundamentales que reconocen y promueven los tratados internacionales de derechos humanos y las Constituciones de los Estados modernos, democráticos y sociales.

Conforme lo establecen los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>257</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, del derecho a la tutela judicial efectiva –consagrada en el art. 8.1 de la Convención- se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados

---

<sup>257</sup> **Artículo 8.1.** "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"; **Artículo 25.** "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."



o protegidos. 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 artículo 8.1 de la Convención.<sup>258</sup>

Este tribunal también consideró que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia, de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c), de la Convención, según el cual ninguna disposición de ella puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.<sup>259</sup>

También analizando el art. 25 de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que esta norma establece la obligación positiva del Estado

---

<sup>258</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica Caso "Cantos" (ya citado); caso Tiu Tojiú vs. Guatemala, sentencia del 26-11-2008, párrafo 100, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_190\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf) el 15-04-2021; caso "Fernández Ortega y ot. Vs. México", sentencia del 30-08-2010, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_215\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf) el 15-04-2021; caso "Rosendo Cantú vs. México", sentencias del 31-08-2020, párrafos 201 y 185 resp. [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo\\_12\\_03\\_20.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo_12_03_20.pdf) el 15-04-2021.

<sup>259</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso "Blake vs. Guatemala", sentencia del 24-1-1998, párrafo 96, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_36\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf) el 15-04-2021; caso "Cuscul Pivaral y ot. Vs. Guatemala", sentencia del 23-08-2018 párrafo 73, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf) el 15-04-2021; caso "Spoltore vs. Argentina, sentencia del 9-06-2020, párrafo 82, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_404\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf) el 15-04-2021.



de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. [...] que la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención; [...] no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.<sup>260</sup>

Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo suyos los argumentos del Procurador General, ha señalado que “del texto del artículo 8º, inciso 1º, de la Convención Americana se desprende que no requiere una reglamentación interna ulterior para ser aplicada a las controversias judiciales”.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup>Caso “Cantos vs. Argentina”, cit. párrafo 49 y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso “Bulacio vs Argentina”, sentencia del 18-09-2003, párrafo 38. Y párr. 115, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_100\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf) el 15-04-2021. párrafo 38.

<sup>261</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Vukic, Juana e Hilaria Vallejos de Morante c/ Banco de la Nación s/ acción de amparo”, Fallos 323:809, sentencia del 25-04-200



La realidad demuestra, como afirma PERRINO, "que el derecho de acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa a menudo sufre diversas e indebidas trabas derivadas, en algunos casos, de regulaciones inapropiadas y, otras veces, de interpretaciones judiciales desacertadas".<sup>262</sup>

La existencia de la tutela judicial efectiva obedece al explícito reconocimiento de que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo sólo son reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer en caso de conflicto frente al poder público.<sup>263</sup>

La tutela judicial efectiva, en ese sentido, apunta a la eliminación de trabas que obstaculizan el acceso a la justicia, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva "exige entonces a los jueces que dirijan el

---

<sup>262</sup> PERRINO, PABLO ESTEBAN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, Revista de Derecho Público, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, núm. 2003-1 Proceso administrativo I, 2003, p. 257.

<sup>263</sup> PRADO MONCADA, RAFAEL G., *Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano*, cit., p. 21.



proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”.<sup>264</sup>

Al respecto, existe una obligación de los Estado parte, impuesta por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.<sup>265</sup>

Pero el reto de nuestros días es diferente al de épocas pasadas; en la actualidad debemos estudiar al proceso administrativo como el resultado del ejercicio de un

---

<sup>264</sup> CIDH, Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18-9-2003, cit. párrafo 115.

<sup>265</sup> CIDH, Caso Velásquez Rodríguez, cit., párrafo 166; ver, además, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso “Garibaldi vs. Brasil”, sentencia del 23-09-2009, párrafo 112, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_203\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf) el 15-04-2021.



derecho de los administrados a la tutela judicial efectiva.<sup>266</sup> La tendencia que tenemos que observar y seguir es a la reconfiguración de algunos privilegios o prerrogativas de la Administración; en particular, de aquellos que, en definitiva, "lo que han significado es el establecimiento de obstáculos para asegurar el efectivo acceso a la justicia por parte de los administrados, para juzgar a la Administración".<sup>267</sup>

De allí que la tendencia actual sea a eliminar o a morigerar sustancialmente los requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal, como la decisión previa, el agotamiento de la vía, el *solvo et repete* y los plazos de caducidad fijados para la articulación de las pretensiones ante un juez imparcial e independiente.

Estas dificultades para alcanzar la revisión judicial del comportamiento administrativo resultan doblemente cuestionables, pues, además de generar situaciones de privación de justicia, esconden en muchas ocasiones una equivocada tendencia a sobreproteger al Estado, situación, esta última, que, frecuentemente, termina operando como un incentivo para que la administración actúe ilegítimamente.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Sobre el cambio del paradigma, ampliar en: RODRÍGUEZ ARANA, JAIME, El marco constitucional del Derecho Administrativo (El Derecho Administrativo Constitucional), Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, 2011, 15: 87-102.

<sup>267</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración*, Revista de Derecho Público, Venezuela, núm. 49, enero-marzo de 1992, p. 6.

<sup>268</sup> PERRINO, PABLO ESTEBAN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, cit., p. 258.



En los últimos tiempos, la idea de eliminar algunos privilegios de la Administración ha prosperado en gran medida, con el fin de garantizar a todos los habitantes la efectividad del principio de tutela judicial efectiva.

En este punto, al contrastar el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Gorordo" con el alcance que, de acuerdo a lo hasta aquí expresado, cabe otorgar a la tutela judicial efectiva, no puede sino advertirse una desafortunada asimetría que deberá corregirse.

En efecto, la amplitud y el alcance que al principio de la tutela judicial efectiva le ha sido reconocida por los organismos internacionales (e incluso, como vimos, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación), resulta incompatible con lo decidido en "Gorordo". Entendiendo el procedimiento administrativo como una herramienta para la defensa del particular, el cercenamiento del derecho a acceder a la justicia, sin norma alguna que expresamente lo disponga (en cuyo caso, además, su constitucionalidad sería dudosa), configura una vulneración flagrante del derecho de acceso a la justicia.<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> Así también lo advierte CASSAGNE: "En lo fundamental, la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial..." (ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA*, LA LEY, Buenos Aires, 2011).



Lo anterior demuestra que se deben suprimir algunos institutos que han servido de obstáculo para acceder a la justicia. Asimismo, incorporar otras figuras jurídicas que permitan al administrado gozar plenamente de un verdadero Estado de derecho.

Y es que no existe un ordenamiento jurídico nacional independiente del orden jurídico internacional que regule materias diferentes, pues ambos integran un ordenamiento universal.<sup>270</sup>

Es así que, como apuntaba MORELLO, el intento constante y cotidiano de alcanzar una justicia adecuada para cada momento histórico es el desafío al que insorteablemente se enfrenta el hombre de derecho.<sup>271</sup>

Sin embargo, como hace tiempo expresara SALOMONI, no pudimos aún incorporar en nuestro sistema cultural, el gran impacto producido por las normas que provienen de ordenamientos supranacionales e internacionales, que se han incorporado al nuestro como derecho positivo vigente, y que se proyectan en la totalidad del ordenamiento jurídico argentino y, fundamentalmente, en las relaciones jurídicas entre la Administración y los particulares.<sup>272</sup>

---

<sup>270</sup> PEREIRA ANABALÓN, HUGO, *La protección de los derechos humanos por la corte interamericana de derechos humanos*, cit., p. 253.

<sup>271</sup> MORELLO, AUGUSTO M., *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1994, p. 143.

<sup>272</sup> SALOMONI, JORGE LUIS, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, cit. p. 174.



Por lo demás, el problema de la eventual compatibilidad, fue oportunamente resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien sostuvo: “el artículo 75 inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcrito, establece, en su última parte, que aquellos “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos. *Ello implica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales* y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir (...) Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente...”.<sup>273</sup>

A su turno, y ya en el año 2004, la Corte Suprema había resuelto el precedente “Astorga Bracht” donde -ante un caso donde se exigía a la parte desistir de recursos administrativos o judiciales advirtió sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, indicando que ello “*resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con*

---

<sup>273</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Vukic, Juana e Hilaria Vallejos de Morante c/ Banco de la Nación s/ acción de amparo”, Fallos 323:809, sentencia del 25-04-2000.



*jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (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° aps. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)..[...] “...puesto que ello “restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa [...], “en contradicción de la garantía mencionada en el considerando anterior, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia, a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos: 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia o decisión fundada (Fallos: 310:1819)...”.*<sup>274</sup>

---

<sup>274</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER C dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986", Fallos 330:3248, sentencia del 14-10-2004 (considerandos 6 y 7).



Precisamente, avanzando en este aspecto, el Máximo Tribunal de la Nación recordó, el 27 de diciembre de 2012, en oportunidad de resolver la causa “Rodríguez Pereyra”, que: *“se advirtió también en "Mazzeo"<sup>275</sup> que la CIDH ‘ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’. Concluyó que ‘[ e] n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21)...” [...] y que “La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho*

---

<sup>275</sup>“Caso Astorga” citado.



*interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa - formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango... ”.*<sup>276</sup>

Ello pone la mirada, entonces, en el rol que les corresponde desempeñar a los tribunales de justicia en un sistema democrático, en punto al control de convencionalidad y de constitucionalidad, de cara al derecho a la tutela judicial efectiva.

Sobre ello avanzaremos en el capítulo siguiente.

---

<sup>276</sup> Considerando 12.



**SECCION QUINTA**



### **El rol de los jueces en la definición de un nuevo paradigma**

En páginas anteriores hemos referido la naturaleza de *ius in fieri* que caracteriza al derecho administrativo, para señalar la permanente evolución que tiene esta disciplina a fin de acompasar el desarrollo de la sociedad, a partir de una constante resignificación del concepto de interés público.<sup>277</sup>

Por cierto que, en la evolución apuntada, los jueces no sólo no están ausentes sino que desempeñan un rol fundamental en la fijación de los nuevos estándares. Sea suficiente para ello observar las distintas instituciones del derecho administrativo y cómo la jurisprudencia ha ido definiendo sus contornos y precisando los alcances de cada una de ellas.

En efecto, el alcance de los reglamentos de legislación delegada y de los de necesidad y urgencia, lo atinente a las nulidades de los actos administrativos, el control de convencionalidad, y el control de oficio de constitucionalidad, incluso en el diseño

---

<sup>277</sup> Señala GORDILLO que es un error concebir al interés público o a la necesidad pública como entes abstractos, "*como una estela de bienestar que se esparce insensiblemente entre el pueblo*". El interés público o "bien común". En términos de este autor, "*no es el interés de un conjunto de habitantes formados como una masa; un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes –actuales y/o futuros- y, por ello, la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundando en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad. Por supuesto, hablamos de una mayoría de individuos y no de la totalidad de los miembros de la sociedad, ya que debe tratarse de intereses coincidentes lato sensu, esto es, homogéneos*" (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, tomo 8, cit. p. 407)



de políticas públicas, han sido delineados por fallos paradigmáticos que, a la postre, han sido el contexto en el que luego se ha dictado una nueva legislación.

Es por eso que, en punto al tema en análisis, resulta imprescindible abordar el rol que cumplen los tribunales de justicia en un sistema democrático, conscientes de la tensión permanente que subyace en el control de la Administración.

Precisamente, tal tensión deriva, entre otras razones, del origen representativo de las autoridades administrativas del cual carecen los jueces, al menos de manera directa. Sin embargo, se ha señalado que *"...el origen democrático de las autoridades administrativas o de alguna de ellas no puede invocarse como un título privilegiado para pretender una interpretación propia de las Leyes y del Derecho ante la cual tuviese que ceder la objetiva que corresponde al juez en su función constitucional de control de la legalidad de los Reglamentos y de los actos de la Administración y de tutelar de manera efectiva los derechos e intereses de los ciudadanos."*<sup>278</sup>

De esta forma, y así como el derecho administrativo necesita ir evolucionando y acompañando los cambios que se producen en la sociedad, también los jueces han ido adaptando y modificando su actuación en el desempeño de su rol en el sistema democrático.

---

<sup>278</sup> GARCÍA DE ENTRERRIA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2009, cit. p. 81



Así, no es igual el papel que han cumplido en el Estado de Derecho que en el Estado Constitucional, como tampoco lo es ahora, a partir de la internacionalización de determinados estándares.

En efecto, hasta la mitad del siglo pasado, el rol del juez se caracterizaba por razonar en términos de silogismo, a partir de la subsunción del caso en la regla de derecho.

Con el advenimiento de las regulaciones internacionales, a partir del indudable influjo que cabe reconocer a los nuevos estándares del juicio de Nuremberg, el razonamiento judicial en términos de silogismo comienza a resquebrajarse, en razón de la insuficiencia e ineficacia de tal criterio para resolver el caso.

De simple aplicador mecánico de la ley a través del silogismo de la subsunción, el juez debió asumir el desafío de constituirse en el primero y principal protector de los derechos y creador cotidiano del Derecho. Más allá de la ley, están los derechos fundamentales y el juez debe protegerlos aun cuando no estén expresamente reconocidos por la ley ordinaria.

El nuevo Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho exige que el juez asuma nuevos desafíos acordes con el desarrollo del Derecho y del Estado. La función que debe cumplir hoy está lejos del rol estático y mecánico que significó y se le atribuyó en los principios del Estado de Derecho. Antes de aplicador ciego de la ley,



hoy el juez desempeña un papel mucho más activo y fundamental: es, como apuntáramos, el principal protector de los derechos fundamentales y, a través de la interpretación de la norma desde la Constitución, es creador del Derecho.

Sin embargo, estas últimas afirmaciones parecen encontrar serios reparos a poco que se la confronte con el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Gorordo".

Señalemos, además, que la doctrina que surge de aquel fallo -reiterada luego en "Ramírez"- se encuentra en línea con el criterio restrictivo de acceso a la justicia que ya había sido fijada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el plenario "Romero", y reiterado luego -con expresa remisión a Gorordo- en el plenario "Fernández, Viviana Beatriz"<sup>279</sup>.

En efecto, mientras que en el plenario "Romero" la Cámara Federal fijó como doctrina plenaria que "Los plazos establecidos en el art. 25 ley 19.549, al igual que los demás requisitos de admisibilidad formal, deben ser examinados previo a correr traslado de la demanda contenciosa administrativa",<sup>280</sup> en el plenario "Fernández" se estableció, al igual que en "Gorordo", que *"no es revisable judicialmente la decisión*

---

<sup>279</sup> Caso "Fernández, Viviana Beatriz c/ M° de Salud y Acción Social y Sec. de la Función Pública s/ empleo público", ya citado.

<sup>280</sup> CNACAF, en pleno, en autos "Romero, Gerardo c. Estado Mayor General del Ejército", sent. del 15/04/1999. JA, 1999-III-122. Ver también, REJTMAN FARAH, MARIO, "Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada 'habilitación de instancia'", LA LEY, 1999-E, 185.

*administrativa que desestima, en cuanto al fondo, un recurso extemporáneo tramitado como denuncia de ilegitimidad.”.*

Ahora bien: ¿qué es lo que ha motivado a los jueces para, sin norma expresa, propiciar un criterio restrictivo para el acceso a la justicia?

Abordar este interrogante, nos pone de cara al análisis acerca de cómo deciden los jueces; cuáles son los factores que inciden en sus pronunciamientos y, al fin y al cabo, los eventuales costos -de todo tipo- que subyacen en los criterios que plasman en las sentencias.<sup>281</sup>

Con acierto se ha señalado que *“estudiar la mentalidad judicial sería de poco interés si los jueces no hicieran otra cosa más que aplicar reglas jurídicas claras creadas por los legisladores, por los órganos o servicios administrativos, por los constituyentes y otras fuentes extrajudiciales (incluyendo la lex mercatoria) a hechos que tanto jueces como jurados consideraran probados sin mediar prejuicios ni preconcepciones. De ser así, los jueces estarían a un paso de ser reemplazados por programas digitalizados de inteligencia artificial [...] Nuestros jueces tienen y ejercen discrecionalidad. Especialmente si son jueces de apelación, o aun incluso cuando*

---

<sup>281</sup> Es por ello que también se ha afirmado *“Que las decisiones judiciales y las doctrinas elaboradas jurisprudencialmente sean buenas o malas puede depender de (ser función de) los incentivos que tengan los jueces, algo que, a su vez, puede depender de aspectos cognitivos y psicológicos de éstos, de cómo los individuos son seleccionados (incluyendo la autoselección) para ser jueces y de los términos y condiciones del empleo para la realización de ese trabajo...”* (ver RICHARD A. POSNER, *Cómo deciden los jueces*, (traducción de Victoria Roca Perez), Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 15.



*pertenecen al nivel intermedio, son «legisladores ocasionales». Para entender la actividad legislativa que desempeñan es necesario entender la naturaleza de sus motivaciones, sus facultades, sus mecanismos de selección, las normas de su profesión y su psicología”.*<sup>282</sup>

Así, por ejemplo, estudios relativamente recientes ponen el acento, entre otras razones, en la carga de trabajo que tienen los tribunales. En efecto, en la obra “*The behavior of federal judges*”<sup>283</sup> expresamente se alude, entre las conclusiones del estudio, la decidida influencia que la carga de trabajo de los tribunales ha tenido en la fijación de las doctrinas que rigen el acceso a la justicia.<sup>284</sup>

Otro de los puntos que destaca el estudio al que me estoy refiriendo -y que, cabe suponer, tiene directa relevancia con el tema abordado en este capítulo- es la tendencia de los jueces a evitar disentir, por el trabajo que implica desarrollar una

---

<sup>282</sup> POSNER, RICHARD A., *Cómo deciden los jueces*, cit. p. 16.

<sup>283</sup> EPSTEIN, LEE, LANDES, WILLIAM M. LANDES, POSNER, RICHARD A., *The behavior of federal judges, A theoretical & Empirical Study of Rational Choice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, London, 2013

<sup>284</sup> Allí se señaló: “*From the legalist standpoint that still dominates academic legal scholarship and judicial rhetoric those rules are found in the text of the Article III of the Constitution. Actually the text and the 18th century practices that the inform it do not dictate those rules, judge’s desire to limit their workload should be taken seriously as a motivator of standing doctrine...*” (ver EPSTEIN, LEE, LANDES, WILLIAM M. LANDES, POSNER, RICHARD A, *The behavior of federal judges, A theoretical & Empirical Study of Rational Choice*, cit. p. 386)



disidencia. Según este estudio, cuanto mayor es la carga de trabajo de los tribunales, menor es el disenso.<sup>285</sup>

En definitiva, se ha llegado a la conclusión de que los jueces *“no son ni gigantes morales o intelectuales (qué se le va a hacer), ni profetas, oráculos, ni meros portavoces o máquinas calculadoras. Son trabajadores «humanos, demasiado humanos» que reaccionan del mismo modo que lo hacen otros trabajadores ante las condiciones del mercado de trabajo en el que actúan...”*<sup>286</sup>

Siendo ello así, parecería que el desafío que tienen los jueces por delante es mucho mayor al que se suponía, por cuanto un cambio en la jurisprudencia que venimos criticando, importaría una suerte de “conspiración” contra sí mismos.

Ya hemos visto que los jueces ni siquiera tienden a disentir a fin de no recargar su trabajo; máxime si ello implica apartarse de la jurisprudencia de la Corte que, por principio de economía, tienen la obligación de replicar; salvo, claro está, que concurran razones fundadas para apartarse de tal criterio, como creemos es el caso.

---

<sup>285</sup> *“We have found that like other workers judges exhibit in their judicial behavior leisure preference and, something that includes but goes beyond leisure preference, effort aversion- as when appellate judges yield to the views of college rather than insisting on dissenting every time they hold contrary views, or dissent less frequently the heavier their caseload grows...”* (ver EPSTEIN, LEE, LANDES, WILLIAM M. LANDES, POSNER, RICHARD A, *The behavior of federal judges, A theoretical & Empirical Study of Rational Choice*, cit. p. 386).

<sup>286</sup> POSNER, RICHARD A., *Cómo deciden los jueces*, cit. p. 18.



En este sentido, se ha dicho con acierto que *“Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deben ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales en su momento dictadas para resolver otros casos concretos. Contra lo expuesto no puede invocarse razones de seguridad jurídica, tranquilidad pública y paz social, ni de buen orden, necesidad y estabilidad institucional puesto que, precisamente, a la inversa, en el sistema jurídico argentino la satisfacción de tales objetivos se busca mediante la organización de división de poderes que obsta al ejercicio de la jurisdicción más allá de los casos a que se refieren las sentencias judiciales”*.<sup>287</sup>

Distinto es el caso, cuando deben apartarse de la doctrina plenaria que, vale recordarlo es, en principio, obligatoria, fuente de derecho y vinculante para los jueces de la misma y anterior instancia.

---

<sup>287</sup>Tribunal de Casación Penal, Buenos Aires, autos, "Dr. Carlos A. Mahiques s/acuerdo plenario", causa nº 9496, sentencia del 19-09-2003 (voto del Dr.Hortel). En dicha oportunidad, también se señaló que *“Tampoco son atendibles supuestos motivos de economía procesal en tanto ellos no estuvieran receptados por la Constitución y la ley, y por otra parte, en nuestro régimen procesal no media la certeza de que los tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas”*. [y que] *“Sin duda que, en la gran mayoría de los casos, la sabiduría de los fallos de la Corte Suprema nos convencerá de la aplicación de la ley de tal manera interpretada. Pero nos reservamos el derecho de decidir, en cada caso, conforme nuestro leal saber y entender, de acuerdo con el magistral fallo de la Suprema Corte al que hemos hecho referencia. Al igual que lo que sucede con las sentencias del Tribunal de Casación Penal, respecto de las cuales la ley no establece la obligatoriedad futura de sus antecedentes, éstos deben prevalecer en cuanto convezan de su bondad de sus afirmaciones y conclusiones, pero la uniformidad de la aplicación de la doctrina establecida por sus sentencias, se logra simplemente por la mera interposición del recurso de casación.”*



Sin perjuicio de ello, no son pocos los reparos que se han formulado a tal obligatoriedad. Así, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que *"ni la jurisprudencia plenaria, ni siquiera la de la Corte Suprema, son suficientes para imponer la obligatoriedad general de su doctrina pues, en último extremo, nada impide a los particulares cuestionar la interpretación de la ley."*<sup>288</sup>

Ahora bien: podría pensarse que el conflicto que traduce el apartamiento de la doctrina plenaria se presenta exclusivamente entre la seguridad jurídica que deriva de la uniformidad de la jurisprudencia y la independencia del juez.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, tal disyuntiva resulta excesivamente parcial, limitada e inexacta. Es que, en nuestra opinión, el derecho a la tutela judicial efectiva y, dentro de éste, el acceso a la justicia es condición esencial de aquella disyuntiva. En efecto, sólo puede darse la valoración de ambos derechos en el marco de una causa judicial, la cual no existiría de sostenerse la doctrina plenaria.

Por otra parte, y si bien no cabe desconocer el valor intrínseco que se deriva del respeto a una jurisprudencia uniforme, ello no puede ser absoluto. En efecto, el argumento quizás más contundente que pueda invocarse a su respecto, resulta el del

---

<sup>288</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos, caso "Ignacio Bercovic". Fallos: 251:44, sentencia del 11-10-1961



poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que, como se sabe, es difuso y concreto, con eficacia solo para el caso.

En el supuesto de la obligatoriedad de los plenarios, se vulneraría además la supremacía consagrada en el art. 31 CN, en la medida que se acoplan a las leyes del congreso una suerte de "normas" que no son tales; al tiempo que frustraría una de las misiones más esenciales de los tribunales, cual es la de resolver conforme a la Constitución.

Puede advertirse, entonces, que la doctrina plenaria se encontraría en una dimensión diferente de las leyes, y casi equiparada a la Constitución, dejando en evidencia una paradoja: los jueces pueden, con arreglo a la Constitución, declarar inválida una ley del Congreso, pero no pueden hacer lo propio con la doctrina emanada de un fallo plenario.

Refiriéndose a la ley 24.050 -que, en su artículo 10 inc. c), estableció la obligatoriedad de la doctrina plenaria emanada de la Cámara Nacional de Casación Penal- señaló MAIER: "*Se ha necesitado una ley para elevar la jurisprudencia, según parece, a fuente de derecho, en nuestro sistema de organización social. Y este hecho parece verificar mejor que ninguno nuestra afirmación de que la jurisprudencia no es fuente de derecho, en sentido estricto, dentro de nuestro sistema jurídico...*".<sup>289</sup>

---

<sup>289</sup> MAIER, JULIO, *Derecho procesal penal.*, t.1., Buenos Aires, Del Puerto, 2004, p. 168



Precisamente, y en función de ello, se ha propuesto que el sistema de los plenarios debiera mantenerse, pero no en forma obligatoria o compulsiva.<sup>290</sup>

De todo lo expuesto, surge que, con todo, la cuestión no se presenta sencilla para los jueces, ni menos aún para los particulares que deseen impugnar judicialmente el acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad. Los jueces deberán "violentarse a sí mismos", y a su propia estructura, a fin de modificar la injusta jurisprudencia que criticamos. Decimos que deben "violentarse a sí mismos", por cuanto el permanente incremento de trabajo -fundamentalmente a partir de la judicialización de cuestiones que no encuentran satisfacción en los ámbitos naturalmente previstos para ello- conspira contra el esfuerzo adicional que significa alzarse contra una jurisprudencia que, precisamente, tendría como efecto directo tratar de evitarlo. Sin embargo, a mi modo de ver, el costo institucional que tiene tal opción es inaceptable por lo extremadamente elevado que resulta para una sociedad democrática.

No es un precio razonable para una democracia la aceptación de conductas estatales que no puedan ser revisadas por los jueces. Nunca lo es.

Por otra parte, postular el criterio contrario, no significa que ello no pueda reglamentarse de una forma razonable. Mas tal reglamentación, jamás puede llegar a

---

<sup>290</sup> ARCE, ENRIQUE y DÍAZ CANTÓN, FERNANDO, *"Obligatoriedad de los fallos plenarios, su inconstitucionalidad"*, NDP; 1996, p. 185.



neutralizar el principio de la tutela judicial efectiva que exige el acceso a la justicia como regla general.

El desafío, pues, está pendiente. Cabe pensar, sin embargo, que el cambio deberá operar, primero, en la jurisprudencia de la Corte y, luego, en los tribunales de anteriores instancias. Al tiempo que esto escribo, ya pasaron más de veinte años desde el fallo “Gorordo” y más de diez desde el malogrado plenario “Fernández”. Son otros los jueces que integran los tribunales y otros los tiempos que nos tocan transitar. Seguramente la virtualidad impuesta por la denominada “nueva normalidad”<sup>291</sup>, sea una herramienta útil para agilizar los trámites administrativos y judiciales.

Por cierto, que la capitalización de estas herramientas deberá siempre subordinarse a la vigencia del principio que postula el control judicial como punto de partida, presupuesto de un Estado de Derecho. Y ello a pesar de la Administración y de los propios jueces. Porque, al fin y al cabo, “Cada persona merece su día en una corte de justicia”.

---

<sup>291</sup> Así denominado al período post pandemia derivada del virus COVID 19.





## VII. Conclusiones

Al cabo de la investigación realizada, creemos haber validado la hipótesis planteada que, cabe recordar, era la siguiente: ***“La revisión judicial del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad como principio y como derivación del derecho a una tutela judicial efectiva”***

En efecto, luego de haber desarrollado la naturaleza de las conductas estatales, propusimos una definición de acto administrativo -que, en definitiva, resulta el objeto concreto del control judicial- sin perjuicio de advertir la doble dimensión en la cual aquél se desenvuelve, y las dificultades derivadas de una falta de calificación legal.

A su turno, abordamos la evolución de la teoría de la invalidez administrativa, a fin de poner en evidencia cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido modificando su jurisprudencia, no sólo por la necesidad de atender a las características propias y específicas que plantea el derecho administrativo como rama del derecho público, sino también, y principalmente, a partir del rol que los jueces están llamados a cumplir en un sistema republicano.



Ello nos puso de cara al estudio del sistema de control judicial de la Administración adoptado por nuestro país; en particular, en cuanto a la filiación de nuestra Constitución y a la que responden las normas que regulan el proceso administrativo.

Así, y luego de precisar la opción del constituyente nacional respecto del sistema judicialista, tal como ocurre en el vigente en los EEUU, pasamos a desarrollar, con miras a un análisis comparativo, el régimen del control de la Administración vigente en los países cuyos regímenes han influido de manera directa en nuestro ordenamiento: es decir, el vigente en los EEUU, en Francia y en España.

Analizamos que en los EEUU, y sin perjuicio de lo establecido por las normas escritas (Administrative Procedure Act), el sistema reposa en la mayor o menor discrecionalidad con la que los jueces decidan ejercer el control de la Administración; el procedimiento administrativo no tiene naturaleza “preclusiva” sino la de permitir que el conflicto arribe “maduro” al control judicial, asegurando la intervención previa de la agencia especializada, y así tratar de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario.

A su turno, el análisis del régimen vigente en Francia nos permitió analizar el origen y desarrollo de las principales instituciones del derecho administrativo que luego, por conducto del derecho español, acabaron por ser incorporadas en nuestro



país. Así, examinamos que el régimen francés se caracteriza por un sistema de doble jurisdicción, donde la Administración es controlada por tribunales administrativos. En ese sistema, como vimos, el agotamiento de la vía administrativa resultó el “puente de plata” que aseguró la posibilidad de controlar a la Administración por parte del Consejo de Estado, lo cual permitió abandonar la doctrina del “ministro-juez”.

Precisamente, ese debate quedó reflejado en la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa de España donde, conforme lo analizamos, se optó por una solución armoniosa, que trató de compatibilizar las posturas políticas vigentes en la época. Claramente quedó reflejada la tensión entre la jurisdicción administrativa y la judicial.

Ello también tuvo su impacto en el sistema argentino. Vimos como el Código Varela, primer cuerpo sistemático que reguló el proceso administrativo, recibió la influencia de la ley española de “Santamaría Paredes” y, en función de tal influjo, reflejó la misma tensión que la ocurrida en España; precisamente por ello, entendemos que se explica la natural reticencia de la Administración a la hora de ser juzgada por los tribunales de justicia.

De esta manera, quedó expuesta la posible asimetría del proceso administrativo -con raíces continentales europeas- con el sistema constitucional, de filiación norteamericana. Y de qué manera ello habría condicionado las instituciones de



nuestro país y, principalmente, la mirada con la cual cabe abordar el régimen previsto para efectuar el control de la Administración.

Es en ese contexto donde analizamos el sistema vigente en la Argentina para controlar los actos administrativos. En particular, y ya en el aspecto medular de la tesis, referimos el régimen de la denuncia de ilegitimidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, vigente aún al día de hoy -luego de transcurridos más de veinte años- estableció que el acto que la resuelve no es susceptible de revisión judicial.

Ante ello, planteamos un análisis en dos dimensiones: la primera, con una mirada efectuada exclusivamente desde la lógica, procuró dejar en evidencia la inconsistencia de la conclusión de la Corte a partir de las premisas invocadas. Por su parte, la segunda dimensión, tuvo por objeto tamizar las conclusiones de la Corte con el principio de la tutela judicial efectiva, demostrando su manifiesta incompatibilidad.

En ese sentido, analizamos el principio de la tutela judicial efectiva, como un megaprincipio del Estado moderno de Derecho, que incluye, a su vez, el principio de acceso a la justicia. Con tal mirada, establecimos la naturaleza que tienen los principios y las reglas dentro de un sistema jurídico, y señalamos como aquellos no sólo deben informar las normas sino también guiar las decisiones judiciales. Vimos aquí como algunas de las concepciones filosóficas más recientes (Dworkin,



Alexy), plantean los sistemas jurídicos como una relación entre principios y reglas, y como los primeros determinan la validez o invalidez de las segundas, según el criterio al que acuda el juzgador.

Sin embargo, a la luz de los postulados del nuevo ius naturalismo, a partir de las ideas de Finnis, Vigo y Cassagne, advertimos el carácter imperativo que tienen los principios y la necesidad de la subordinación a ellos de las normas del derecho positivo, como consecuencia del denominado “principalismo”; ello, sin perjuicio de la expresa inclusión de la tutela judicial efectiva como principio en el texto de la Constitución Nacional.

Definida entonces la tutela judicial efectiva como un principio, referimos el diseño que cabe otorgarle, a partir del examen que han efectuado distintos tribunales y organismos internacionales; conscientes de que ello permitirá asegurar el marco adecuado para, finalmente, validar la hipótesis propuesta.

De esta manera, creemos haber demostrado que la postura sostenida por la Corte en “Gorordo”, además de traducir implícita una mirada distorsionada del procedimiento administrativo (propio de sistemas administrativos europeos), incompatible con nuestro sistema de control judicial de la Administración: a) no se corresponde con los postulados de la lógica; b) no resulta compatible con el principio de la tutela judicial efectiva. Esto último, creemos, quedó claramente demostrado al contrastar el criterio de la Corte con los principios de legitimidad,



de razonabilidad que también se encuentran incluidos en el principio de la tutela judicial efectiva. Ningún fundamento surge del fallo de la Corte que permita sostener lo allí resuelto de cara a los principios aludidos; más bien, todo lo contrario. Creemos haber demostrado que la postura de la Corte consagra una suerte de derecho a la "antilegalidad", incompatible con los postulados del Estado Moderno de Derecho.

Cabe reparar, por último, que han transcurrido más de veinte años desde el fallo "Gorordo" que, a nuestro modo de ver y conforme lo hemos desarrollado, ha establecido un desafortunado criterio que resulta imperioso modificar.<sup>292</sup>

Desde ese momento hasta ahora, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha modificado su composición, por lo que cabe presumir que, tal como ha ocurrido en otros casos, modifique de una vez y para siempre su jurisprudencia en cuanto al control del acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad, reconfigurando el derecho de acceso a la justicia, conforme criterios más actuales y más compatibles

---

<sup>292</sup> CASSAGNE lo ha propuesto con formidable simpleza: "La solución es bastante sencilla: consiste en hacer potestativo no sólo el recurso jerárquico y los demás recursos administrativos, sino también la interposición de las acciones judiciales (eliminando los plazos de caducidad) aunque introduciendo plazos especiales de prescripción para promover las acciones contra el Estado cuando el particular hubiera optado por agotar la vía administrativa. Con ello se compensaría la seguridad jurídica, los poderes del Estado y los derechos de las personas en un sistema más justo y equilibrado que, lejos de fomentar la litigiosidad, permitirá realizar una justicia administrativa eficaz y oportuna." (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Reformar la justicia administrativa*, publicado en el diario Clarín, sección Opinión, del lunes 13 de junio de 2005)



con los principios que informan el sistema interamericano de derechos humanos y, por conducto de ello, nuestro propio sistema jurídico.

Así, y si bien han existido algunos fallos que permitían abrigar cierto optimismo en ese sentido<sup>293</sup>, lo cierto es que ningún cambio sustancial se ha producido en la jurisprudencia sino que, por el contrario, parece acentuarse en la posición que consideramos equivocada.<sup>294</sup>

Por otra parte, hemos dado razones acerca del rol que les cabe a los jueces en la reformulación del paradigma fijado en "Gorordo"; aún conscientes de las dificultades y limitaciones que condicionan la labor de los tribunales y de los efectos que la recarga de trabajo proyecta sobre los criterios que fijan el acceso a la justicia y la formulación de disidencias.

---

<sup>293</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Resch, Héctor Juan c/ M° del Interior - Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.", Fallos: 327:4681, sentencia del 26-10-2004, publicado en ED, 30/IX/05, con nota a fallo de ARIAS, Verónica Lorena. En este caso, el Máximo Tribunal de la Nación, si bien a través de un *obiter dictum*, ha establecido un criterio que permitía imaginar un regreso a la doctrina sentada en su momento en los autos "Cohen", ratificada por "Construcciones Taddia S.A.", que ya citamos. Tal como expresáramos anteriormente, en estos precedentes la Corte entendió que el requisito de la habilitación de la instancia resultaba una manifestación de las prerrogativas procesales de la Administración, antes que una condición de admisibilidad -y, por tanto, renunciable- no correspondiendo a los jueces convertirse en intérpretes de la voluntad implícita de alguna de las partes, sin alterar con ello el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria; sin que el principio del *iura novit curia* resultara aplicable, por cuanto ello excedería el ámbito de lo que es propio de la función jurisdiccional. Ver también, DIANA, NICOLÁS, *¿Otra vez el enigma de la habilitación de instancia? (Sobre las cenizas de Cohen)*, La Ley, 2006-A, 60.

<sup>294</sup> Como apuntáramos, la propia Corte reiteró en 2009, en los autos "Ramirez", el criterio sostenido en "Gorordo".



De todas maneras, y a pesar de ello, hay algunos precedentes que permiten avizorar cierta esperanza. Incluso hay otros pronunciamientos del Máximo Tribunal que facilitan la formulación de un nuevo paradigma. Los fallos Rodríguez Pereyra y Astorga Bracht son claros mojones en la “buena senda”. Será la doctrina, y los jueces, al fin y al cabo, y tal como se expusiera en el último capítulo, quienes deberán contribuir al cambio anhelado. Como dice el Evangelio<sup>295</sup>, insistiendo a tiempo y a destiempo.

---

<sup>295</sup> Segunda Carta a Timoteo, capítulo 4, versículo 2.



## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Abad Hernando, Jesús Luis, *La denuncia de ilegitimidad en el derecho administrativo argentino*, DJ, 1979-14, 3.
2. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
3. Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2005.
4. Aman, Alfred and Mayton, William, *Administrative Law*, West Publishing Company, Minnessota, 1993.
5. Bandre Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo)*, Civitas, Madrid, 1996,
6. Barra, Rodolfo Carlos., *Tratado de derecho administrativo*, Abaco, Bs. As., 2017
7. Barra, Rodolfo, *Acto administrativo y reglamento*, Astrea y Rap, Bs. As., 2018.
8. Bianchi, Alberto, *Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad*, publicado en *Cuestiones de derecho administrativo*, RAP, 2006.
9. Bidart Campos, Germán J., *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*, en Nieto Navia, Rafael



- (editor), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José de Costa Rica, 1994.
10. Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, t.1.
11. Bosch, Jorge Tristán, *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?* Buenos Aires: Zavalía, 1951.
12. Botassi, Carlos, "El acceso a la justicia en el proceso administrativo bonaerense", en Revista Derecho y Ciencias Sociales N° 6, abril 2012 (ISSN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP 38.
13. Braibant, Guy y Stirn, Bernard, *Le droit administratif francais*, 5a. ed., Dalloz, París, 1999.
14. Brewer-Carías, Allan R., *Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración*, *Revista de Derecho Público*, Venezuela, núm. 49, enero-marzo de 1992.
15. Buerquenthal, Thomas, *La jurisprudencia internacional en el derecho interno*, en Nieto Navia, Rafael (editor), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, 1994.
16. Carrillo, Santiago, *Los procesos colectivos ante una futura regulación procesal*, RAP, julio 2011, Revista Rap pág. 189, Id SAIJ: DACF140626.
17. Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2006.



18. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
19. Cassagne, Juan Carlos, *El acceso a la justicia administrativa*, La Ley, Buenos Aires, 2004
20. Cassagne, Juan Carlos, *El Sistema Judicialista y la llamada judicialización de la actividad de la Administración Pública*, Civitas, Revista española de derecho administrativo. 2007. 133
21. Cassagne, Juan Carlos, *La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
22. Cassagne, Juan Carlos, *La tutela judicial efectiva. Incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*, publicado en "Fragmentos de derecho administrativo. Entre la justicia, la economía y la política, Ed. Hammurabi, Bs.As.
23. Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*; Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021.
24. Cassagne, Juan Carlos, *Proyecciones del principio de la tutela judicial efectiva*, Ius et Veritas, Revista de la Asociación Ius et Veritas, Nro. 43, 2011.
25. Cassagne, Juan Carlos, *Reflexiones sobre el principalismo y el neconstitucionalismo*", actualmente en prensa, a publicarse en Diario Jurídico



- Español El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (dirigido por Santiago Muñoz Machado).
26. Chichizola, Mario, *El debido proceso como garantía constitucional*, La Ley, 1983-910. Id SAIJ: DACN870129.
27. Comadira, Julio Rodolfo y Monti, Laura (Colaboradora), *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Concordada*, La Ley, Bs. As., 2007.
28. Cueto Rúa, Julio C., *La jurisprudencia sociológica norteamericana*, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, n° 1, Año 1981, Abeledo Perrot, 1982.
29. Dana Montaña, Salvador, M., "Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y jurisprudencia", Depalma, Bs. As., 1955.
30. Davis, Kenneth C., *Administrative Law Treatise*, vol. IV, 2nd. edition, K. C. Davis Publishing Co., University of San Diego, 1983.
31. Davis, Kenneth C., *Administrative Law Treatise*, vol. IV.
32. De Lucca, Yanina Brenda, *La habilitación de la instancia a la luz de dos modelos interpretativos*, LLCABA, 2014-1.
33. Diana, Nicolás, *¿Otra vez el enigma de la habilitación de instancia? (Sobre las cenizas de Cohen)*, La Ley, 2006-A, 60.



34. Dicey, Albert Venn, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Elibron Classics, 2005. United States v. Western Pacific Railroad, 352 U.S. 59 (1956).
35. Diez, Manuel María, *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1961.
36. Dromi, Roberto José, *Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.
37. Dworkin, Ronald, en *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2010.
38. Echague, Delia Teresa; Urquijo, María Eugenia; Guibourg, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 2008.
39. Fernández Montalvo, Rafael, "Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo", en *Incidencia de la Constitución en el proceso contencioso-administrativo*, «Cuadernos de Derecho Judicial», Consejo General del Poder Judicial, XI, 1992.
40. García de Enterría Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, t.1, p. 550.
41. García de Enterría, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, México, FUNDAP, 2003.
42. García de Entrerria, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2009.



43. García Ramírez, Sergio, y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en García Ramírez, Sergio (coord), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-CIDH, 2001.
44. Gellhorn, W. –Byse, C. – Strauss, P. – Rakoff, T. – Schotland, R., *Administrative Law, Cases and Comments*, The Foundation Press, Inc. New York, 1987, p. 1084.
45. Giannini, Masimo, *Diritto amministrativo*, t.1,
46. González Mariñas, Pablo, *La influencia del derecho comunitario europeo en la teoría tradicional del acto administrativo*, .
47. González Pérez, Jesús, *Evolución de la legislación contencioso administrativa*, Revista de la Administración Pública N° 150, Madrid, 1999.
48. Gordillo, Agustín – Flax, Gregorio, *Derechos humanos*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007.
49. Gordillo, Agustín, *Fuentes supranacionales del derecho administrativo*, en Cassagne Juan Carlos (director), *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
50. Gordillo, Agustín, *La creciente internacionalización del derecho*, en Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México, UNAM, 2002.



51. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, FDA, Bs. As., 2004.
52. Guibourg, Ricardo A., *Pensar en las normas*, Eudeba, Bs. As., 2016.
53. Guillermo Andrés Muñoz y Carlos Manuel Grecco, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 578.
54. Hachem, Daniel Wunder, *Principio constitucional da supremacía do interesse público*, Editora Forum, Belo Horizonte, 2011.
55. Irving M. Copi, Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, Limusa Noriega Editores, México, 2007.
56. Justo, Juan Bautista, "Con algunos ajustes, la denuncia de ilegitimidad puede servir a la gente", <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/05/doctrina27.5.14.pdf>
57. Kuhn, Thomas S, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, octava reimpression, Buenos Aires, 2004.
58. Lee Epstein, William M. Landes, Richard A. Posner, *The behavior of federal judges, A theoretical & Empirical Study of Rational Choice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2013.
59. Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina.*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
60. Linares, Juan Francisco, "Sistema y Crítica del Código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", LL t. 96, p.829.



61. Long, Weil, Braibant, Devolvé, Genevois, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Ediciones Librería del profesional, Paris, 2000.
62. Mairal, Héctor A., *Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino*. Estudios de Derecho Administrativo, Mendoza, Ciencias de la Administración, 1999.
63. Mairal, Hector A., *Hacia una noción más acotada de acto administrativo (O de cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer al funcionario)*, RPA, 2011.
64. Mairal, Héctor Aquiles, *Control judicial de la administración pública*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984.
65. Mantilla Espinosa, Fabricio, "Interpretar": ¿aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*, (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009).
66. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, T.I, Lexis N° 2202/001085
67. Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, T.1, Depalma, Bs. As., 1982.
68. Morello, Augusto M., *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1994.



69. Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio, "El silencio administrativo," en Barnes Vázquez, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993.
70. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 3era reimpresión, Astrea, Bs. As. 2005.
71. Pereira Anabalón, Hugo, *La protección de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, t. XL, núms. 172-173-174, julio – diciembre de 1990.
72. Perrino, Pablo Esteban, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, Revista de Derecho Público, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, núm. 2003-1 Proceso administrativo I, 2003.
73. Posner, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, (traducción de Victoria Roca Perez), Marcial Pons, Madrid, 2011
74. Prado Moncada, Rafael G., *Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano*, febrero 2003, *Lex. Difusión y análisis*, año VII, número 92.
75. Rejtman Farah, Mario, "Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada 'habilitación de instancia'", *LA LEY*, 1999-E, 185.
76. Rivero, Jean: "Droit administratif", n° 25, París 1962.



77. Rodríguez Arana, Jaime, *El marco constitucional del Derecho Administrativo (El Derecho Administrativo Constitucional)*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2011, 15: 87-102.
78. Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, *El iusnaturalismo de John Finnis*, Anuario de Filosofía del Derecho, Santiago de Compostela, 1993, 375-406.
79. Sarmiento Acosta, Manuel J., *En los límites del Estado de Derecho: Un análisis de la justicia administrativa*, Colección Ciencia y Pensamiento Jurídico, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2013.
80. Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Little Brown and Company, 3rd. edition, Boston, 1991, p. 541).
81. Silva Tamayo, Gustavo, *La analogía en el derecho administrativo. A propósito de la senda marcada por el fallo "Los Lagos"*, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, Núm.3, Diciembre 2012, II-LXVI-908.
82. Soriano, José Eugenio, *Los poderes del juez. La ley y la reforma del contencioso*, Revista de la Administración Pública N° 124, Madrid, 1991.
83. Tawil, Guido Santiago, *Administración y justicia, Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Depalma, Buenos Aires, 1993.
84. Vigo, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Distribuciones Fontamara, México, 2003.
85. Vigo, Rodolfo Luis, *La ley natural y la ciudad*, Prudentia Iuris N° 72, 2011.



86. Villola, Luis Matías, *La autolimitación de la justicia en el control del acto administrativo*, LL, Suplemento administrativo, septiembre de 2006
87. Weil, Prosper, *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1985.

## **JURISPRUDENCIA**

### **A) Jurisprudencia argentina**

#### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.**

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Ganadera Los Lagos SA c/ Nación Argentina", Fallos 190:142, sentencia del 30-04-1940.
2. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Pustelnik, Carlos A. y otros s/resolución de intendente municipal", Fallos 290:133, sentencia del 7-10-1975.
3. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos Sosa de Basso, María Angélica y Bassi María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia y Municipalidad de Junín, Fallos: 310:1578, sentencia del 18-08-1987.



4. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Juzgado de Instrucción Militar nº 50 de Rosario”, Fallos 306:303, sentencia del 24-04-1984.
5. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”, Fallos 324:3219, sentencia del 27-09-2001.
6. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”, Fallos: 327:3117, sentencia del 19-08-2004
7. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 335:2333, sentencia del 27-11-2012.
8. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Cohen, Rafael c. Instituto Nac. de Cinematografía", Fallos 313:228, sentencia del 13-3-1990,



9. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454, sentencia del 26-10-1993.
10. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Construcciones Taddia S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro.”, Fallos: 315:2217, sentencia del 6-10-1992.
11. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación), G 1530 XXXIII RHE, sentencia del 4-02-1999.
12. Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos “Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación s/ empleo público”, sentencia del 28-4-2009.
13. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Tajes, Raúl Eduardo c/Estado Nacional (E.M.G.E.) s/retiro militar y fuerzas de seguridad”, Fallos 322:551, sentencia del 31-3-1999.
14. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos, “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo”, Fallos: 341:1017, sentencia del 4-9-2018.



15. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Vukic, Juana e Hilaria Vallejos de Morante c/ Banco de la Nación s/ acción de amparo”, Fallos 323:809, sentencia del 25-04-2000
16. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Monges, Analía c/UBA –Resolución N° 2.314/95- “, Fallos 319:3148, sentencia del 26-12-1996.
17. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER C dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986", Fallos 330:3248, sentencia del 14-10-2004.
18. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Jaramillo SCA s/recurso contencioso administrativo”, Fallos: 295:276, sentencia del 8-7-1976
19. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos, caso “Ignacio Bercovic”. Fallos: 251:44, sentencia del 11-10-1961
20. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, autos “Resch, Héctor Juan c/ M° del Interior - Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”, Fallos: 327:4681, sentencia del 26-10-2004



### **OTROS TRIBUNALES**

1. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, autos "Fernández Marcelo Fernando c/ GCBA s/ amparo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido, expte. n° 4309/05, sentencia del 19-4-2006.
2. Tribunal de Casación Penal, Buenos Aires, autos, "Dr. Carlos A. Mahiques s/acuerdo plenario", causa n° 9496, sentencia del 19-09-2003 (voto del Dr.Hortel).
3. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en pleno, autos "Romero, Gerardo c. Estado Mayor General del Ejército", sentencia del 15-04-1999.
4. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en pleno, Buenos Aires, autos "Fernández, Viviana Beatriz c/ M° de Salud y Acción Social y Sec. de la Función Pública s/ empleo público", sentencia del 25-8-2010.
5. Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, Buenos Aires, autos "Frávega S.A. v. GCBA s/



impugnación de acto administrativo”, expte. n° 13677/0, sentencia del 28-12-2006.

6. Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, autos “Solito, Roberto c/GCBA s/impugnación actos administrativos”, expte. n° 30696/0, sentencia del 1-3-2011.

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO:

1. Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Buenos Aires, Dictamen: 242:494. Fecha 12-09-2992 consultado en 0912<https://www.ptn.gob.ar/buscarDictámenes/page/acceder-al-buscardor?tomo=242&pagina=494&numero=&anio=&mes=&tema=> el 14-04-2021.
2. Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Buenos Aires, Dictamen: 312:340. Fecha: 2020-02-13 consultado en <https://www.ptn.gob.ar/buscarDictámenes/page/acceder-al-buscardor?tomo=312&pagina=340&numero=&anio=&mes=&tema=> el 14-04-2021



3. Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Buenos Aires, Dictamen: 302:125. Fecha: 2017-07-31 consultado en <https://www.ptn.gob.ar/buscarDictámenes/page/acceder-al-buscardor?tomo=302&pagina=125&numero=&anio=&mes=&tema=> el 14-04-2021

## **B) Jurisprudencia extranjera**

### **- Francia**

1. Consejo de Estado Francés (CE). caso "Cadot". Rec. 1148, sentencia del 13-12-1889.
2. Consejo de Estado Francés, (CE). Francia, caso "Terrier". Rec. 94, sentencia del 6-2-1903 (concl. Romieu)

### **- España**

1. Tribunal Constitucional de España, España, Sentencia 112/2002 del 6 de mayo (BOE, núm. 134, de 5 de junio de 2002), consultado en [https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4648,](https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4648) el 13-04-2021.



2. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 40/2002 del 14 de febrero (BOE núm. 63 del 14 de marzo de 2002), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4576> el 13-04-2021
3. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 14/2008 del 31 de enero (BOE núm. 52 del 29 de febrero de 2008), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6246> el 13-04-2021
4. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 62/2009 del 9 de mayo (BOE n° 91 del 14 de abril del 2009), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6481> el 13-04-2021.
5. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 127/2011 del 18 de julio (BOE núm. 197 de 17 de Agosto de 2011), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6909> el 13-04-2021
6. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 108/2012 del 21 de mayo (BOE núm. 147 de 20 de junio de 2012), consultado en



<https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22948> el 13-04-2021

7. Tribunal Constitutional de España,. Sentencia 6/2019 del 17 de enero (BOE núm. 39 del 14 de febrero de 2019), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25838> el 13-04-2021.
8. Tribunal Constitutional de España,. Sentencia 155/2019 del 28 de noviembre (BOE núm. 5 del 6 de enero del 2020) consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26126> el 13-04-2021.
9. Tribunal Constitutional de España,. Sentencia 21/2020 del 11 de febrero (BOE núm. 59 del 9 de marzo de 2020), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26233> el 13-04-2021.
10. Tribunal Constitutional de España,. Sentencia 22/2001 del 29 de enero (BOE núm. 52 de 1 de marzo de 2001), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4318> el 13-04-2021.



11. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 61/2007 del 26 de marzo (BOE núm. 100 del 26 de abril de 2007), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6028> el 13-04-2021.
12. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 5/2020 del 15 de enero (BOE núm. 39 del 14 de febrero de 2020), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26198> el 13-04-2021.
13. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 81/2018 del 16 de julio (BOE núm. 199 del 17 de agosto de 2018), consultado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25713> el 13-04-2021.
14. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 47/2020 del 15 de junio (BOE núm. 196 del 18 de julio de 2020), consultado <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25713> el 13-4-2021.
15. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 141/2020 del 19 de octubre (BOE núm. 305 del 20 de noviembre de 2020), consultado



<https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26458> el 13-04-2021.

- **Perú**

1. Tribunal Constitucional de Perú., Loreto, autos "Triplay Iquitos SA", STC 0499-2002-AA/TC, sentencia del 16/10/2002, consultado en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00499-2002-AA.pdf> el 14-04-2021.
2. Tribunal Constitucional de Perú, Junín, autos "Roberto Otilio Gago Porras y otros, STC 0075-2004-AA/TC, sentencia del 5/05/2007, consultado en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00075-2004-AA.pdf> el 14-04-2021
3. Tribunal Constitucional de Perú, Lima, autos "Máximo Valeriano Ramos Ochoa", STC 00252-2009-AA/TC, sentencia del 7/10/2004, consultado en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00252-2009-AA.html> el 14-04-2021.



4. Tribunal Constitucional de Perú, Lima, autos "Cormin Callao S.A.C.", STC 05037-2011-AA/TC, sentencia del 24/08/2012, consultado en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/05037-2011-AA.html> el 14-04-2021.
5. Tribunal Constitucional de Perú, Cusco, autos "Carlos Dueños Olivera", STC 02061-2013-AA/TC, sentencia del 13/08/2014, consultado en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02061-2013-AA.html> el 14-04-2021.
6. Tribunal Constitucional de Perú, Loreto, autos "Nora Luz Cacha y Rengipo", STC W 112-2002-AA/TC, sentencia del 30/09/2004, consultado en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02802-2003-AA.pdf> el 14-04-2021.

- **Estados Unidos**

1. Justicia vs. Supreme Court (U.S.A) Unites States v. Western Pacific Railroar, 352 U.S. 59, decided december 3 (1956) consultado en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/352/59> el 14-04-2021



2. Justicia vs. Supreme Court (U.S.A) "McKart v. United States", 395 U.S. 185, decided may 26 (1969), consultado en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/185/> el 14-04-2021.
3. Justicia vs. Supreme Court (U.S.A) "Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp" 303 U.S. 41, decided january 31 (1938). Voto del juez Louis D.Brandeis consultado en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/303/41/> el 14-04-2021
4. Justicia vs. Supreme Court (U.S.A) "Aircraft & Diesel Corp. v. Hirsch, 331 U. S. 752, decided june 16 (1947) consultado en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/331/752/> el 14-04-2021.
5. Supreme Court of the Unites States (U.S.A) "Salinas v. United State Railroad Retorement Board", decided february 3 (2021) consnultado en [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-199\\_o7jq.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-199_o7jq.pdf) el 14-4-2021
6. Court of Appells of New York, "Riggs v. Palmer", 115 NY 506, decided october 8 (1889) consultado en [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm) el 14-04-2021



**C) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso "Castillo Petruzzi vs. Perú" sentencia del 30-5-1999. Consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf) el 15-4-2021
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso López y ot. Vs. Argentina, sentencia del 25-11-2019. Consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_396\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf) el 15-04-2021
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica CIDH, Caso "Cesti Hurtado vs. Perú", sentencia del 29-09-1999. Consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_56\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf) el 15-04-2021
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y ot.) vs. Chile", sentencia del 5-02-2001, consultado en



[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf) el  
15-04-2021

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, Caso Garrido y Baigorra vs. Argentina, sentencia del 27-08-1998 consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_39\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf) el 15-04-2021.
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", sentencia del 29-7-1998, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf) el 15-04-2021.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica Caso "Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y ot.) vs. Perú", sentencia del 24-11-2006, consultado en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf) el 15-04-2021.
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, Caso "Almonacid Arellano y otr. vs. Chile", sentencia del 26-09-2006, consultado en



[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf) el  
15-04-2021.

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica  
CIDH, caso "Loayza Tamayo vs. Perú", sentencia del 17-9-1997,  
párrafo 80, consultado en

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf) el  
15-04-2021.

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso  
"Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2-07-2014, párrafo 186,  
consultado en

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf) el  
15-04-2021.

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica  
CIDH, Caso Cantos vs. Argentina, sentencia del 28-11-2002,  
consultado en

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_97\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf) el  
15-04-2021.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica Caso  
Tiu Tojiú vs. Guatemala, sentencia del 26-11-2008, consultado em



[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_190\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf) el  
15-04-2021.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso  
"Fernández Ortega y ot. Vs. México", sentencia del 30-08-2010,  
consultado en  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_215\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf)  
el 15-04-2021.

14. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso  
"Rosendo Cantú vs. México", sentencias del 31-08-2020, resp.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo\\_12\\_03\\_20.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo_12_03_20.pdf)  
el 15-04-2021

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso  
"Blake vs. Guatemala", sentencia del 24-1-1998, consultado em  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_36\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf) el  
15-04-2021

16. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso  
"Cuscul Pivaral y ot. Vs. Guatemala", sentencia del 23-08-2018  
consultado en



[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf) el  
15-04-2021.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso  
"Spoltore vs. Argentina, sentencia del 9-06-2020, consultado en  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_404\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf) el  
15-04-2021.

18. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso  
"Bulacio vs Argentina, sentencia del 18-09-2003, consultado em  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_100\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf) el  
15-04-2021.

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso  
"Garibaldi vs. Brasil", sentencia del 23-09-2009, consultado en  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_203\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf) el  
[15-04-2021](#).

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Costa Rica, caso  
"Bámaca Velásquez vs. Guatemala", sentencia del 25/11/2000  
consultado en  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_70\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf) el  
15-04-2021.



**ORGANISMOS INTERNACIONALES.**

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Costa Rica).  
Informe N° 105, Caso N° 10.194, “Narciso Palacios.  
Argentina”, del 29 de septiembre de 1999, consultado en  
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20fondo/Argentina10.194.htm> el 15-04-2021.

