



MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

TESIS

TITULO:

La Tutela Judicial Efectiva en el Derecho Procesal Administrativo
de Río Negro.

Análisis crítico de los requisitos procesales para la habilitación de la instancia judicial.

AUTOR:

SERGIO ALEJANDRO ZUCAL

DIRECTOR:

DINO DI NELLA

JULIO 2017

RESUMEN

La Tutela Judicial Efectiva en el Derecho Procesal Administrativo de Río Negro.

Análisis crítico de los requisitos procesales para la habilitación de la instancia judicial.

ESTUDIO DETALLADO SOBRE LAS DIFERENTES NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO Y DEL TRATAMIENTO QUE ALLI SE OTORGA AL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A TRAVÉS DE LOS REQUISITOS DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA, EL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA, EL PLAZO DE CADUCIDAD Y SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN, BAJO LA NUEVA OPTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.

En el presente trabajo se analiza, desde un punto de vista crítico, el control judicial a la actividad administrativa en la provincia de Río Negro, haciendo especial enfoque en la regulación que existe sobre los requisitos de plazo de caducidad, el agotamiento de la instancia administrativa, el silencio de la Administración y la legitimación activa, como condicionantes indispensables para la habilitación de la instancia judicial.

El objetivo del mismo es determinar si el ordenamiento jurídico provincial garantiza el principio de tutela judicial efectiva, bajo la nueva óptica del Derecho Administrativo Global, consagrado en los tratados internacionales, estudiando en detalle los distintos requisitos que deben cumplirse para poder acceder a la instancia judicial.

Como conclusión surge que la normativa provincial actualmente vigente, mediante la cual se regulan los requisitos procesales antes detallados, no ha acompañado la evolución jurídica que produjo la incorporación de los tratados internacionales al texto constitucional argentino. Esta situación ubica al ciudadano rionegrino en una posición de

inferioridad legal, al momento de hacer valer sus derechos por ante algún poder del Estado Provincial.

De la investigación efectuada se desprende también, que la situación antes descripta se ve agravada por la disgregación del fuero contencioso administrativo en diferentes tribunales no especializados en la materia, quienes intervienen y resuelven en temas para los cuales no se encuentran preparados, menoscabando sensiblemente el derecho de la tutela judicial en nuestra Provincia.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera expresar mi profundo agradecimiento a las autoridades de la Universidad Nacional de Río Negro, por brindar esta posibilidad de capacitación y crecimiento profesional a aquellos que no vivimos en los grandes centros urbanos del País.

A los coordinadores de la Maestría en Derecho Administrativo Global, Dr. Juan Pablo Bohoslavsky, Mg. Sandra Eizaguirre y especialmente al Dr. en Derecho Juan Manuel Otero, quien siempre estuvo dispuesto a brindar un oportuno consejo.

A los profesores de la Maestría, quienes me mostraron una nueva forma de ver el Derecho.

A los Drs. Adriana Zaratiegui, Ricardo Apcarián, Luis E. Pravato y Raúl Cámpora, todos ellos distinguidos juristas de la Provincia, quienes cedieron su tiempo y aceptaron gentilmente ser entrevistados para esta investigación.

A las doctoras Silvana Mucci, Ana Buzzeo y Ana Rowe, funcionarias del Poder Judicial de Río Negro, por su desinteresada colaboración en la búsqueda de antecedentes.

A las empleadas de la biblioteca del Poder Judicial, siempre predisuestas ante mis consultas.

Un agradecimiento muy especial a mi Director de tesis, Mg. Dino Di Nella, por su paciencia, dedicación y sabiduría, quien supo guiar esta investigación y encausar al investigador.

Finalmente, un agradecimiento personal a mi esposa, la Mg. María Laura Soliverez, primera egresada de la Maestría en Derecho Administrativo Global de la UNRN y a mis hijas María Agustina y Guadalupe, por estar siempre a mi lado, soportando los malos momentos y compartiendo las alegrías.

Sergio Alejandro Zucal

INDICE

RESUMEN P. 2.-

AGRADECIMIENTOS P. 4.-

INTRODUCCIÓN P. 8.-

CAPITULO I:

**EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SEGÚN LA ÓPTICA DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL** P. 15.-

1.1 UN DERECHO FUNDAMENTAL

1.2 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.3 LAS PRERROGATIVAS DEL ESTADO

1.4 EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

1.5 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROTEGIDO

1.6 DEL CONTROL DE LEGALIDAD A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1.7 ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

CAPITULO II:

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA P. 35.-

2.1. ¿QUIÉN PODRÁ ACCIONAR CONTRA EL ESTADO?

2.2. PRIMEROS ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DOCTRINALES DE LA
LEGITIMACIÓN ACTIVA CONTRA EL ESTADO

2.3. LA INCIDENCIA EN LOS ALCANCES DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA, DE LA
MAYOR PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO EN LA COSA PÚBLICA

2.4. CONTROL DE LEGALIDAD

CAPITULO III:

NECESIDAD DE AGOTAR LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA P. 52.-

3.1 DISTINTAS POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA TEMATICA

3.2 UN PRESUPUESTO PROCESAL ESCENCIAL PARA HABILITAR EL CONTROL JUDICIAL

3.3 UN OBSTÁCULO PARA LA HABILITACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL

3.4- UNA NUEVA VISIÓN PARA UNA ANTIGUA PRERROGATIVA

3.5- SILENCIO ADMINISTRATIVO Y AGOTAMIENTO DE INSTANCIA

CAPITULO IV:

EL PLAZO DE CADUCIDAD P. 71.-

4.1 ¿CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN?

4.2 JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD

4.3 EXTENSIÓN DEL PLAZO

4.4 EL PLAZO DE CADUCIDAD Y EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

CAPITULO V:

PARTICULARIDADES DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO P. 93.-

5.1.- LA DISPERSION DE ORGANOS COMPETENTES EN EL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RIO NEGRO

5.2.- LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RÍO NEGRO

CAPITULO VI:

INICIATIVAS LEGISLATIVAS EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO P. 105.-

6.1.- LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS DE CODIGOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA RÍO NEGRO

6.2.- EL PROYECTO DE LEY 150/2005 DE CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO (AÑO 2012)

6.3.- EL PROYECTO DE LEY N° 99/2015 DE CREACION DEL CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO

6.4.- LEY N° 5106, DE CREACION DEL CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO (Proyecto N° 181/2015)

CAPITULO VII:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES P. 122-

BIBLIOGRAFÍA P. 131.-

ANEXO:

ENTREVISTAS PERSONALES REALIZADAS PARA ESTE TRABAJO (TRANSCRIPCIONES) P. 137.-

ENTREVISTA AL DR. LUIS EMILIO PRAVATO

ENTREVISTA A LA DRA. ADRIANA ZARATIEGUI

ENTREVISTA AL DR. RICARDO APCARIÁN

ENTREVISTA AL DR. RAUL CAMPORA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pone bajo la lupa el ordenamiento jurídico administrativo de la provincia de Río Negro hoy vigente. En especial se cuestiona si el principio de la tutela judicial efectiva, bajo la nueva óptica del Derecho Administrativo Global, se encuentra debidamente garantizado, estudiando en detalle los distintos requisitos que deben cumplirse para poder acceder a la instancia de control judicial del accionar de alguno de los poderes del Estado. Este es el objetivo principal del trabajo de investigación propuesto.

Si bien los requisitos exigidos para acceder a la instancia judicial, regulados en las distintas normas procesales, no se limitan a los que se analizan en este trabajo, la selección de los mismos se debe a su importancia a la hora de definir y delimitar el espíritu general del procedimiento administrativo provincial, en cuanto a la defensa de los derechos del ciudadano y las limitaciones a su ejercicio.

Para alcanzar el objetivo general buscado, se procedió a analizar por separado, pero en forma interrelacionada, los principales requisitos que el texto legal impone como obligatorios para acceder a la instancia judicial.

Asimismo, se estableció como objetivo secundario específico, determinar el contenido y los alcances que el nuevo Derecho Administrativo Global le ha otorgado al principio de la tutela judicial efectiva, para así poder identificar las causales de pérdida de derechos por incumplimiento de pautas administrativas, regladas en trámites procesales internos de la Administración.

Especialmente, se entendió como un objetivo específico del presente trabajo, estudiar si el plazo de caducidad hoy vigente y la legitimación activa requerida para accionar, se encuentran regulados de manera acorde a las exigencias normativas derivadas de los tratados internacionales.

Como último objetivo se propuso analizar la redacción con que se incluye la figura del silencio administrativo y si su interpretación efectuada en las sentencias judiciales no distorsiona su objeto, recordando que esta ficción es creada con el solo fin de favorecer los intereses del administrado.

A los efectos de dar respuesta a todos estos objetivos, se procedió a consultar no solamente la normativa vigente, sino también la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro que existe en la materia, amén de aquellos fallos emitidos por otros tribunales judiciales que, por su importancia, resultó menester incorporar.

Asimismo se efectuó una valoración efectiva sobre lo que sostiene la doctrina especializada en el tema, haciendo especial hincapié en la opinión vertida por actores directos del derecho administrativo rionegrino, los que se han prestado amablemente para ser entrevistados especialmente en el presente trabajo.

Al analizar estas entrevistas, los fallos recientes de los tribunales provinciales y los artículos publicados por la doctrina local, se puede apreciar que no es similar el pensamiento de un abogado litigante que defiende los intereses del ciudadano común, al de aquel que presta servicios en el Estado provincial, el cual tiene a su cargo la representación del mismo al momento de ser citado a juicio.

Y es así como en forma inmediata surgen las primeras diferencias de criterios. Se puede afirmar que no existe tema alguno puesto en discusión, que contara con unanimidad de criterio a la hora de su regulación en un texto definitivo. Todos los institutos y materias, sus plazos y requisitos, son objeto de un profundo análisis por parte de los entrevistados, quienes nos entregan su opinión fundada, con la propia óptica de cada uno de ellos.

Resulta oportuno destacar que los magistrados a quienes he entrevistado (Dra. Adriana Zaratiegui y Dr. Ricardo Apcarián) ambos jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, han desarrollado gran parte de su actividad vinculada al Derecho Administrativo, ya sea como abogados estatales o como alumnos de la Maestría dictada por esta Universidad. Ello resulta importante por cuanto al no existir en Río Negro un fuero específico administrativo, encontrar un juez suficientemente preparado en esta rama del derecho no se presenta como una tarea de fácil concreción.

También se ha requerido la opinión del Mg. Luis Emilio Pravato, profesor e investigador especializado en el Derecho Administrativo Provincial, con la particularidad de ser uno de los coautores de la Ley N° 2938, que regula el procedimiento administrativo en Río Negro desde el año 1996 a la fecha.

Resulta de especial importancia para quien suscribe, contar con la opinión de este destacado profesor quien, amén de haber sido docente responsable de las asignaturas de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Río Negro y en la Universidad del Comahue, se ha desempeñado durante varios años como Secretario en la Fiscalía de Estado y el Tribunal de Cuentas de la Provincia, y hoy en día, ya retirado de su actividad pública, ejerce la profesión en su estudio jurídico de forma privada. Entendemos que su colaboración, brindando su opinión ante los temas abordados por este trabajo, resulta inestimable, tanto en virtud a sus amplios conocimientos teóricos como también por su rica historia profesional, la cual ha transitado casi en su totalidad dentro de los límites de la Provincia de Río Negro.

De la misma forma se destaca la opinión del Dr. Raúl Cámpora, quien fuera Presidente del Colegio de Abogados con asiento en Viedma, a la hora de entender la postura de quien habitualmente tiene que padecer la ardua tarea de litigar en contra del Estado.

Al momento de presentar este trabajo, surge como elemento de análisis prioritario la reciente sanción por parte de la Legislatura Provincial, de la nueva ley que regula el procedimiento contencioso administrativo en la Provincia. Esta situación hace que el presente estudio sea el primer análisis crítico que se efectúa sobre la normativa mencionada, el cual se realiza con la nueva visión que el Derecho Administrativo Global le imprime a la materia en cuestión.

Téngase presente que los principios aquí estudiados han tenido acogida internacional en diversos tratados, modificándose, en algunos casos, el concepto y los alcances que, de los mismos, se aceptaban pacíficamente en nuestro derecho positivo hasta no hace tanto tiempo.

De allí que se valora especialmente esta situación, como un ejemplo más que nos recuerda que, el Derecho Administrativo, se encuentra influenciado cada vez más por el derecho internacional. Tanto es así que la maestría en el marco de la cual se desarrolla esta tesis, se propuso con el título de "Global".

El profesor Agustín Gordillo, sobre este tema en particular, se anima a especular a futuro afirmando en este sentido que: "...En otras palabras, cualesquiera sean los acontecimientos que nos toque vivir en los próximos años, la tendencia de progresivo

crecimiento de un orden jurídico global probablemente no cambie. Puede sufrir contradicciones y contramarchas, pero no un cambio sustancial de la dirección definitiva”¹.

Con respecto al encuadre jurídico que detenta el presente trabajo, entendemos que definitivamente el mismo pertenece a la órbita del derecho administrativo local.

Si bien se analizan normas de procedimiento, no podemos limitar este estudio a un tema netamente procedimental, puesto que los requisitos y garantías que entran en conflicto a lo largo de su desarrollo, nos encaminan hacia un análisis de las cuestiones de fondo y los principios básicos que regulan el Derecho Administrativo.

La inclusión de estas garantías en los tratados internacionales y la categoría que los mismos ostentan en nuestra Constitución Nacional, obligan a tamizar las conclusiones que se alcancen por un análisis de constitucionalidad y convencionalidad, con una visión global del Derecho Administrativo y sus principios.

Es por ello que al momento de analizar los temas aquí tratados, indefectiblemente se deberá tener presente que, si bien nos encontramos ante una materia de estudio perteneciente al mundo de los derechos fundamentales (derecho de fondo), nuestro objeto de análisis incluirá también un momento determinado en el trámite procesal contencioso administrativo: cuando el reclamo administrativo ya ha culminado y el interesado demuestra intención de iniciar una demanda judicial (derecho de forma).

Esta interacción existente entre principios fundamentales amparados en convenios y tratados internacionales y su efectiva implementación en lo cotidiano, a través de normas procesales, le da al presente trabajo un atractivo extra.

Como todo trabajo enmarcado dentro del Derecho Administrativo, a la hora de analizar el concepto y los alcances de la tutela judicial efectiva, y sobre los distintos institutos que la conforman y reglamentan, se ha relacionado esta garantía con las características que le otorga a esta rama del derecho, la existencia de las denominadas “prerrogativas del Estado”. Lograr un equilibrio entre las prerrogativas propias que corresponden al Estado y el respeto absoluto a las garantías y derechos que poseen los ciudadanos, es un desafío histórico del Derecho Administrativo. Pero un encuadre teórico de este principio nos obliga a enfocar su análisis desde su categoría de Derecho Humano y

¹ Gordillo, Agustín; “Hacia la unidad del orden jurídico mundial” en “El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina”, Buenos Aires, RAP, 2009, p 83/84 (P 83-134).

su relación con el Derecho Administrativo. Allí se presenta esa aparente oposición con las prerrogativas estatales, con sus características propias y la efectiva regulación en los textos analizados.

Para ello, además de la doctrina especializada en la materia y la jurisprudencia existente, es imprescindible cotejar lo que se encuentra actualmente regulado en el derecho comparado, aspecto que se realiza en especial respecto al derecho público provincial de las provincias patagónicas. Y se justifica esta elección comparativa, no solamente por su cercanía geográfica, siempre influyente a la hora de la utilización de sus fuentes jurídicas, sino también por las similitudes que presentan estas provincias en cuanto a su realidad social y política, y particularmente, a su relativa modernidad normativa.

Siendo la materia que nos convoca competencia no delegada por las provincias a la Nación, la legislación local es fuente ineludible de consulta a la hora de redactar normas procesales.

Internándonos aún más en el objeto de estudio, vemos que siendo el tema central de este proyecto una norma de procedimiento administrativo local, una parte concreta de esa norma es la que centraliza su estudio; la que regula el acceso al control judicial de la actividad administrativa o principio de tutela judicial efectiva.

En el Capítulo I de este trabajo se presenta al Derecho Administrativo Global, el cual entiende la tutela judicial efectiva como un derecho humano. Esta situación comprometerá en forma directa cualquier análisis posterior que se efectúe sobre la temática.

Asimismo, la inclusión de esta garantía en los tratados internacionales y la categoría que los mismos ostentan en nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), nos obligan a tamizar las normativas procesales por un análisis de constitucionalidad.

Esta actividad es desarrollada en los Capítulos II, III y IV del presente, analizando detenidamente la redacción vigente en la Provincia de Río Negro de los requisitos de la legitimación activa, el agotamiento de la instancia administrativa, el plazo de caducidad y como se relaciona con estos dos últimos, el silencio de la Administración.

Amén de lo anterior, a la hora de analizar el concepto y los alcances de la tutela judicial efectiva, específicamente en los distintos institutos que la conforman y reglamentan, se ha relacionado esta garantía con las características que le otorga a esta rama del derecho, la existencia de las denominadas prerrogativas del Estado.

En los Capítulos V y VI se efectúa un análisis de la situación legal y procesal que actualmente impera en la Provincia de Río Negro, concentrando la atención específicamente en los temas de estudio.

En el Capítulo VII se presentan las conclusiones respecto del objeto de estudio seleccionado y la hipótesis planteada, así como unas recomendaciones finales que se han creído oportunas acompañar para contribuir desde este trabajo a la reflexión profunda de la materia.

Finalmente, se presenta la bibliografía utilizada, subdividida en doctrina, jurisprudencia, legislación, proyectos de ley y otras fuentes consultadas. Y en un Anexo, la transcripción de entrevistas efectuadas para este trabajo.

En conjunto, se intenta definir el tema a estudiar, observar el objeto estudiado para distinguir sus partes y separar las partes hasta llegar a conocer sus principios o elementos. Al efectuarse el análisis de las partes y al ponerlas en el contexto de su aplicación y cumplimiento por parte del ciudadano rionegrino, se procurará observar si el principio de la tutela judicial se encuentra o no respetado y garantizado en cada una de ellas, dentro de un marco lógico jurídico acorde al sostenido por el derecho administrativo global.

La hipótesis que se propone se podría resumir de la siguiente forma: Los requisitos normativos exigidos para acceder al control judicial de la actividad administrativa en la Provincia de Río Negro, se presentan como de excesivo rigor y, por ende, limitativos de la efectiva implementación de la garantía de la tutela judicial efectiva, según los parámetros y alcances que a la misma le otorga el Derecho Administrativo Global.

Si bien prima facie, el análisis por separado de los requisitos legales existentes, podrían alcanzar cierta justificación tanto en la teoría como en la práctica, la sumatoria de todos ellos, con las características que hoy en día detentan, transformarían al procedimiento administrativo en una carrera de obstáculos, que solo va a ser superada por aquellos que se han especializado en la materia.

Resulta útil señalar para finalizar que, de acuerdo a los antecedentes existentes en la biblioteca de la Legislatura de la Provincia de Río Negro como en el Centro de Documentación Jurídica del Poder Judicial de esta provincia, no existe trabajo alguno

registrado en el cual se haya llevado adelante una investigación como la propuesta en esta tesis. Más allá de la opinión personal de diferentes expertos vertida en alguna jornada de investigación o en diversos proyectos de ley que han tenido tratamiento legislativo, el derecho administrativo rionegrino no se ha abocado a un análisis sistemático de esta garantía constitucional y supra legal para la ciudadanía de esta Provincia y el propio accionar de la Administración de su Estado.

Es el mayor anhelo de su autor que de las páginas que siguen resulten conducentes para encausar un análisis crítico de los requisitos procesales para la habilitación de la instancia judicial, en pos de una reflexión profunda sobre la tutela judicial efectiva en el derecho procesal administrativo de Río Negro.

CAPITULO I

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SEGÚN LA ÓPTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

1.1 UN DERECHO FUNDAMENTAL

El 10 de diciembre de 1948, en la ciudad de París, se dicta la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la cual se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ese momento, las Naciones Unidas estaba conformada por 58 países miembros, de los cuáles 48 votaron a favor, ocho se abstuvieron y dos no estuvieron presentes. Ninguna de las naciones integrantes de dicha organización votó en contra. Indudablemente, la humanidad había madurado lo suficiente como para alcanzar un consenso respecto al valor supremo de la persona humana.

El preámbulo de esta declaración resulta lo suficientemente explícito en cuanto a los objetivos fundamentales que la misma sostiene y las bases en donde se sustenta. De allí podemos extraer conceptos indiscutibles y universales del mundo jurídico, los cuales actúan como faros que guían nuestro accionar y que son aplicables en todo momento y lugar.

Entre estas históricas afirmaciones se destaca la siguiente: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;”². La misma, se completa con esta otra máxima: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;”³

² Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo, 1948.

³ Ídem 2.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue el primer instrumento que estableció, hace más de 60 años, los que han pasado a ser valores universales en la actualidad: los derechos humanos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad. La Declaración y sus valores básicos, incluidos la no discriminación, la igualdad, la equidad y la universalidad, se aplican a todas las personas, lugares y momentos.

Siguiendo con esta idea, podríamos afirmar sin temor a equivocarnos, que todos los derechos que se encuentran amparados y contemplados en esta Declaración, pueden y deben ser considerados como “derechos humanos”, con las características propias y las cualidades, tanto legales como sociales, que dicho concepto trae incorporado.

Del mismo modo, se puede colegir que el respeto y aplicación de estos derechos por los Estados parte, no solo decanta en un cumplimiento a las obligaciones asumidas (*pacta sunt servanda*), sino en una muestra cabal que el pueblo, al cual el gobierno firmante está representando, comparte y valora los objetivos, finalidades y definiciones, contenidas en su texto.

Esta pequeña introducción resultaba imprescindible para resaltar una idea que entendemos fundamental a la hora de analizar el tema que nos ocupa. La misma puede resumirse de la siguiente manera: *La tutela judicial efectiva no solo es una garantía constitucional, sino que reúne la naturaleza y características propias que detentan los derechos humanos.*

Llegamos a la presente conclusión luego de analizar el texto del artículo 10 de la Declaración Universal, el cual reza: “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.”⁴

Y es natural que así se lo considere, puesto que si nos remontamos a los valores básicos que intentamos proteger, vemos que carecería de sentido crear el más perfecto compendio de derechos, si no le otorgamos al mismo las herramientas procesales indispensables para que los podamos hacer valer. Y, dentro de estas herramientas, se

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 10, 1948.

presenta como prioritaria la posibilidad de acceder de manera relativamente sencilla a quien, en última instancia, le hemos otorgado el poder de resolver los conflictos que se puedan plantear en la aplicación de estos derechos.

De otro modo, "... de poco vale un ordenamiento jurídico si el sistema de garantías no ofrece disponibilidad para quien cree que debe defender un derecho cuente con las vías idóneas para acceder a la justicia. Así se reclama el reconocimiento del derecho a las garantías, entendiéndose como tales, según criterio de la Corte Interamericana, aquellas que sirven para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho..."⁵

Tomamos entonces a esta garantía como fundamental en todo ordenamiento jurídico. De su correcta aplicación va a depender, con seguridad, el grado de respeto con que sean tratados otros derechos fundamentales y garantías procesales en la práctica cotidiana. De allí que entendemos conveniente definir de manera clara y sencilla, cuáles son sus alcances y sus requisitos de aplicación, para evitar interpretaciones tendenciosas, que terminan siendo contrarias a los intereses que el instituto intenta proteger.

Resulta esclarecedora a estos efectos, la interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló del derecho a la tutela judicial efectiva: "El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses ante el poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto"⁶

Esta interpretación resulta complementaria a la recepción normativa que tuvo este principio entre los países americanos. Así el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica prescribe: "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... o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...".

⁵ Sagües, María Sofía; "El juez como potenciador del acceso a la justicia: logros y desafíos. Perspectivas a la luz del sistema interamericano de derechos humanos"-2007- p. 2. Obtenida el 7 de mayo de 2014 de www.amja.org.ar

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 105/99 emitido en el caso 10.194, "Palacios, Narciso -Argentina", el 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. Botassi, Habilitación de instancia y derechos humanos.-

Completando el concepto de la garantía establecida, en el artículo 25 de dicho Pacto se puede leer: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces... 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. 2. Los estados parte se comprometen... b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial...”⁷

Para finalizar este punto, citaremos a la Dra. María Sagües, quien resume brillantemente el concepto que pretendemos transmitir: “El derecho humano de acceso a la justicia, piedra angular del sistema garantista, recibe una especial tutela del sistema interamericano, no debiendo obviarse su conexión con el derecho a la igualdad, la defensa en juicio, y el deber de los estados de implementar garantías idóneas y eficaces para la defensa de los derechos consagrados. Por su parte, el impacto en el orden interno es multiplicador, y exige un replanteamiento del mismo rol jurisdiccional, el cual debe nutrirse de las pautas tuitivas de derechos humanos, y, en caso de ser necesario, ejercer activamente su protección”⁸

1.2 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Establecidos los parámetros normativos que enmarcan nuestro accionar jurídico en general, surge el siguiente interrogante: ¿Este principio tiene una cualidad específica a la hora de ser aplicado dentro del Derecho Administrativo? Y más precisamente ¿Debería estar consagrado este derecho humano en el texto de las leyes que regulan los procedimientos administrativos?

Para poder dar respuesta a estos interrogantes conviene repasar de qué manera están tratados estos principios en nuestra Ley Suprema. Así vemos que el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra la garantía de la defensa en juicio de los derechos. Si hacemos jugar este principio con la prohibición que el artículo 109 le establece al Poder

⁷ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, 1969, arts. 8.1 y 25.

⁸ Sagües, María Sofía, ob. cit. P. 23.

Ejecutivo de ejercer funciones judiciales, llegamos a la conclusión que la única manera de asegurar el cumplimiento de este precepto es la tutela judicial.

Siguiendo en este razonamiento a lo sostenido por el jurista Juan Carlos Cassagne⁹, dentro del ámbito del Derecho Público, esta garantía debe reinar también en el procedimiento administrativo. Sobre este aspecto, mucho antes de la incorporación de los tratados internacionales al texto constitucional efectuado mediante la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Fernández Arias”¹⁰, ya había dejado en claro algunos conceptos que nos ayudarán a resolver el tema.

De esa sentencia se desprende que:

- La jurisdicción judicial pertenece solo a los tribunales que conforman el Poder Judicial.

- El derecho a acceder a esta jurisdicción judicial no puede ser cercenado u obstaculizado, por trabas o requisitos formales que emanen de legislación de rango inferior.

- Las decisiones de autoridades administrativas no son finales.

- La revisión judicial debe ser suficiente.

- El tribunal que decida en forma definitiva debe ser imparcial en relación a la Administración.

Ahora bien, esta contundente postura de la Corte en cuanto a la forma en que se garantiza el acceso a la Justicia ¿Implica la desaparición por innecesaria de la jurisdicción administrativa? ¿Dónde queda la posición que sostenía y resaltaba la importancia del “*know how*” que detentaban los tribunales administrativos a la hora de resolver cuestiones técnicas? Y, por último, ¿Deberíamos descartar la prerrogativa de la Administración de resolver en forma previa los planteos de los administrados, evitando que se inicien acciones judiciales? Evidentemente estos elementos propios del Derecho Administrativo no han desaparecido, pero si han evolucionado.

Se ha sostenido que el Derecho Administrativo es un régimen exorbitante, puesto que “...la exorbitancia caracteriza a la función administrativa del Estado y que deriva de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías y de su carácter de

⁹ Cassagne, Juan Carlos; “Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa”, La Ley, 09/08/2011. p 3 y ssts.

¹⁰CSJN “Fernández Arias , Elena y otros c/ Poggio, José s/ suc.”. Fallos, 247:646 -1960.

derecho común de la Administración Pública, ámbito este último, en principio excluido de la órbita propia del Derecho privado”.¹¹

Lograr un equilibrio entre las prerrogativas propias que corresponden al Estado y el respeto absoluto a las garantías y derechos que poseen los ciudadanos, es un desafío histórico del Derecho Administrativo. Repasando a los máximos doctrinarios de esta rama del derecho, nos podemos encontrar con autores más proclives a defender estas concesiones estatales, mientras que otros, a su vez, ponen énfasis en el respeto absoluto e incondicionado de los derechos del administrado.

Y de esta manera, así como en los ámbitos estudiantiles y académicos, es común encasillar a los autores en uno u otro listado, este encuadramiento se traslada también a las distintas normas que regulan materias procesales. De allí que resulte común también escuchar que “tal código” se inclina más hacia un lado o hacia el otro, dependiendo de las posturas que adopten en determinados temas, tanto la norma analizada, como el propio analista.

Si a lo anterior le sumamos que la materia procesal en general y el Derecho Administrativo en particular, es competencia provincial, por cuanto no se encuentra entre las materias delegadas al Poder Legislativo Nacional, los códigos que reglamentan el procedimiento administrativo y el proceso judicial administrativo vienen a representar, para estos observadores y clasificadores del derecho, la postura que adopta determinada provincia, en cuanto a la participación de su propio estado en juicio.

Abundando en la temática, es común escuchar comentarios en cuanto a que “Neuquén es una provincia netamente garantista”, fundando su postura en que el propio José Roberto Dromi era el autor de la ley de procedimiento administrativo. Mientras que se han criticado a provincias del Noroeste, por ser conservadoras a ultranza en cuanto a las prerrogativas estatales (la ley contencioso administrativa de Salta data de 1908).

La Dra. Marta Zanco, autora del proyecto de código contencioso administrativo de la Provincia de Chubut, afirma: “Tengo que poner de manifiesto, como resultado del estudio comparativo, que si bien en algunos institutos procesales existe uniformidad de criterios para su tratamiento y regulación, en otros, por el contrario, hay disimilitud. Ello

¹¹ Comadira, Julio R. Derecho Administrativo, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p 124.-

deriva en algún caso de la antigüedad de los Códigos, en otros de la línea de pensamiento que adoptó el anteproyectista, asesor o mentor, o la influencia de las respectivas escuelas universitarias. Así, por ejemplo, se observan diferencias entre las regulaciones de Mendoza y Neuquén, impulsadas en el pensamiento de Dromi, con la de Tierra del Fuego, fundadas en los criterios de Hutchinson, con los de Corrientes, Entre Ríos, Misiones y el Chaco, que con diferencias se ajustan a un mismo parámetro, así como las particularidades que presentan Córdoba, Tucumán y Buenos Aires, entre otros, cuya normativa se presenta en cada caso, característica. Difieren también los cuerpos normativos en su ordenamiento, y en la amplitud de sus previsiones.”¹²

Eternas han sido las discusiones sobre estos aspectos tan apasionantes del Derecho Público. ¿Qué ley defiende mejor los intereses del vecino común? ¿Aquella que se inclina más por la defensa de los intereses del Estado o la que asegura a ultranza los derechos individuales?

No podemos tomar postura sobre esta temática sin reflexionar previamente que el Estado está formado por todos nosotros. Así pues, defendiendo el interés estatal, estamos protegiendo los derechos y el patrimonio de la población. Por otra parte, si nos tomáramos la molestia de efectuar un censo sobre los litigios en que el Estado es parte, ¿Qué datos obtendríamos? ¿Quiénes son los administrados que litigan? ¿Quiénes son los que ganan los juicios en contra del Estado?

No creo que estas preguntas encuentren respuestas definitivas, y menos aún en un trabajo de la índole del presente, pero no quisiera cerrar el tema sin emitir opinión sobre el mismo. A mi entender, las posturas extremas nunca resultan aconsejables.

1.3 LAS PRERROGATIVAS DEL ESTADO

Mantener la existencia de prerrogativas estatales en los procesos donde participe el Estado, ¿Trae como contrapartida obligatoria la violación de derechos fundamentales del ciudadano?

¹² Anteproyecto de Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo para la Provincia del Chubut, creado por la Dra. Marta Zanco, presentado en la Legislatura de Chubut en la Sesión 727 –año 2000, consultado el 25 de octubre de 2013 en <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/>.-p 1.-

En principio cabe dar una respuesta negativa. El secreto estará en que la ley que regule esta materia pueda conjugar efectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva, con las prerrogativas propias del Estado, específicamente en cuanto a los requisitos y exigencias que el mismo establece como condición previa a su aplicación. O, visto desde otro ángulo, que la legislación de rango inferior no cercene u obstaculice el derecho a acceder a esta jurisdicción judicial con el cumplimiento de trabas y requisitos formales.

De allí que lo ilegal no sería la sola existencia de prerrogativas, en este caso manifestadas a través de ciertos requisitos procesales que resultan necesarios para acceder a esta jurisdicción. Lo reprochable es que estos requisitos transformen a los procedimientos previos en una carrera de obstáculos, que tiene como único objetivo impedir o dificultar al máximo el acceso a la jurisdicción judicial.

“El régimen exorbitante, como modelo de identificación del Derecho Administrativo y sus diversos institutos, no es, en modo alguno, una noción *demodé* ni es incompatible con el desarrollo actual de la conciencia jurídica y el Estado de derecho. Se trata de un concepto que hace a la esencia del Estado toda vez que perfila a uno de sus elementos: el poder.”¹³

Ahora bien, no podemos continuar con este análisis sin determinar previamente cuál es el concepto exacto del término estudiado: ¿Qué es una prerrogativa?

La Real Academia Española nos da tres definiciones para este concepto, de las cuales las dos primeras pueden ser útiles por su aplicación al mundo jurídico:

1) Privilegio, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de ello, anexo regularmente a una dignidad, empleo o cargo.

2) Facultad importante de alguno de los poderes supremos del Estado, en orden a su ejercicio o a las relaciones con los demás poderes de clase semejante...¹⁴

Entonces estamos haciendo referencia a un privilegio. Jurídicamente sería un privilegio procesal o una concesión legal que asiste a un determinado sujeto de derecho, en virtud del cual se le exime de determinadas obligaciones que son inherentes al común de las

¹³ Rodríguez, María José; “La expresión del Régimen Exorbitante en el Procedimiento Administrativo”, en libro “Cuestiones de Procedimiento Administrativo”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, año 2005, ediciones RAP. p. 159 (p 147 a 160)

¹⁴ R A E, Diccionario de la Lengua Española -2001.-

personas. Es decir, en esencia el privilegio es un acto legislativo que puede resultar discriminatorio si no tiene el suficiente justificativo.

Y entonces, en el caso de estudio, ¿Cuál sería el justificativo para que este privilegio no resulte discriminatorio? El hecho de que se efectúe en protección del bien común de la sociedad. No puede entonces ni debe interpretarse que la circunstancia que el Estado se encuentre dotado de ciertos y determinados privilegios, en razón de representar los intereses de toda la población y no intereses particulares, constituye un trato desigual o discriminatorio frente al resto de la sociedad. En realidad, los privilegios que la ley acuerda a la república son prerrogativas de que ésta goza, inherentes a su naturaleza y función para el colectivo.

De allí que no resulte agresivo a nuestra formación jurídica, entender y aceptar que en este tipo de tramitaciones, una de las partes pueda gozar de un estatus diferente para defender en mejor medida los intereses generales, en representación de la comunidad toda. Pero en algunas oportunidades, parecería que el Estado abusa de estos privilegios en detrimento del derecho individual de los ciudadanos. Nos adentraremos más adelante a su análisis.

No obstante, es dable analizar previamente si las peculiaridades antes mencionadas, que conforman la propia esencia de esta rama del Derecho, han sido susceptibles de alguna modificación o alteración, ya sea en su interpretación y/o en su aplicación, con la aparición en el mundo jurídico del nuevo Derecho Administrativo Global

1.4 EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Durante el transcurso del Siglo XX surgieron organizaciones que presentaban características diferentes a las conocidas hasta el momento. Estaban fundadas y constituidas por estados, sujetas al derecho internacional público y disponían de órganos propios, independientes y permanentes que realizaban funciones específicas.

Estas nuevas instituciones pretendían adoptar decisiones jurídicas diferentes a las que sus estados miembros adoptaban de forma particular. Esta nueva situación se podría considerar como un primer paso hacia la formación de una verdadera sociedad

internacional, en donde sea propicio el dictado de normas jurídicas sobre temas específicos, de alcance general y por que no universal.

El incuestionable avance en la evolución humana que someramente se ha detallado, trajo aparejado una problemática de índole práctica, la cual por su importancia, mereció el estudio de diversos especialistas. La cuestión se presenta ante el hecho de que hay numerosas entidades internacionales, conformadas por técnicos y altos funcionarios, todos ellos ajenos al ámbito político diplomático, que su accionar cotidiano, presenta características semejantes a las de una entidad burocrática gubernamental cualquiera.

Como ejemplo se pueden citar aquellos entes que se dedican a gestionar, entre otras actividades, regulaciones internacionales relacionadas a cuestiones ambientales, de pesca, seguridad, etc. El problema radica en que no se desprende de sus normas de creación, las soluciones a los continuos percances que plantea su cotidiano accionar, ya sea en tramitaciones internas de programas aprobados, relación y convivencia entre los participantes y, sobre todo, que no están lo suficientemente obligados a rendir cuentas de sus actividades.

De ahí surge la necesidad de crear un Derecho Administrativo Global o internacional, como una manera de hacer frente a estas situaciones descritas, para las cuales la aplicación de un derecho administrativo propio de algún país miembro, resultaría improcedente por su calidad de extraterritorialidad.

Como ejemplo de esta necesidad de regulación, la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York crea el “Proyecto de Investigación sobre Derecho Administrativo Global”, con el objeto de sistematizar las distintas normas nacionales, transnacionales e internacionales que tienen relación con el derecho administrativo interno de estos organismos internacionales.

“Estos desarrollos nos llevan a definir al derecho administrativo global como aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares

adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban.”¹⁵

Como reacción lógica a la cuestión planteada, se puede apreciar que la creación de estas normas y principios de carácter internacional, las cuales se encuentran inmersas en los distintos tratados firmados entre las naciones, van a tener obligatoriamente que impactar en la interpretación y la aplicación de la normativa interna de las naciones firmantes.

En Argentina, mediante la sanción de la ley N° 19.865 se aprueba la "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados" firmada en el año 1969, incorporándose la misma al Derecho Positivo Argentino. El artículo 27 de dicho acuerdo ordena: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

En el año 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dicta sentencia en la causa “Ekmekdjian”¹⁶, en la cual en forma clara y concreta se otorga prioridad a lo regulado en un tratado internacional (Pacto de San José de Costa Rica) por sobre la normativa local. Para ello, la Corte se basó en el artículo 31 de la Constitución Nacional y en lo establecido por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, donde, como ya vimos, se confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno.

Con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos al art. 75 inc. 22, se vieron incrementados los supuestos donde el derecho que termina siendo aplicable a un caso concreto interno de nuestro país, tiene su origen en una normativa de carácter internacional.

“Esto es así, no sólo porque el fenómeno de la globalización alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción, sino porque en nuestro caso comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir,

¹⁵ Kingsbury Benedict, Krisch Nico y Stewart Richard B. – “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global” en “El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina” .Editorial RAP, Buenos Aires, 2009, p 24 (p 21 a 81)

¹⁶ CSJN Sentencia en causa “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de hecho” (Fallos: 315:1492) 1992 - perio.unlp.edu.ar

transgubernamentales, que obligan al estudioso del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente o, por ejemplo, de la llamada ayuda al desarrollo. Es decir, existen cuestiones que escapan a las fronteras de la dimensión nacional y se convierten en fenómenos globales. El más relevante, el más trascendente, aunque no el más eficaz, es la lucha por los derechos humanos en el mundo. Una asignatura todavía pendiente que aconseja que el Derecho Administrativo, Derecho del poder para la libertad como diría el profesor González Navarro, supere rígidos esquemas y salte las trincheras de lo nacional para situarse en un nuevo plano.”¹⁷

Vemos así que, la casi totalidad de los principios, derechos y garantías que la Constitución y las leyes incorporaron al Ordenamiento Jurídico interno, han tenido acogida internacional en diversos tratados, en los cuales se ha potenciado su vigor a la hora de ser aplicados.

Surge como corolario de este análisis la afirmación que el Derecho Administrativo, pese a ser un derecho eminentemente local, se encuentra influenciado cada vez más por el Derecho Internacional. Y esto último resulta importante, puesto que los cambios se han producido no solamente en la etapa del contencioso administrativo, sino que también, vemos como se ha avanzado en el control que la propia Administración realiza en el procedimiento administrativo.

1.5 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROTEGIDO

Aclarado este punto, retomaremos a continuación la idea central que dirige este trabajo. Como antes se manifestara, vemos a la garantía de la tutela judicial efectiva como un derecho humano, con las implicancias que esta postura trae aparejada.

¹⁷ Rodríguez Arana, Jaime. “Derecho Administrativo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública”, – Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba – www.acaderc.org.ar – consultado el 14 de julio de 2017

En razón de ello, al momento de analizar una ley procesal que reglamente la implementación de alguno de estos derechos fundamentales, se deberán tener en cuenta varias cuestiones de vital importancia jurídica.

En primera instancia resultará necesario verificar que dicha reglamentación, no impida ni obstaculice su normal y completa aplicación. Pero el estudio de este tipo de derechos no debe limitarse a este aspecto. Existen principios que los diferencian y que no siempre son tenidos en cuenta tanto a la hora de la redacción de la norma, como al momento de su interpretación posterior.

Es de público conocimiento que los derechos humanos tienen características propias que los hacen especiales. Entre ellas se encuentra una que resulta fundamental para el trabajo legislativo: *la irreversibilidad*.

Según esta característica, todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse.

De lo anterior se desprende que el principio de irreversibilidad predica, que una vez que determinados derechos se integran al sistema de derechos de un estado democrático, no es posible después darlos por inexistentes, o derogarlos o hacerlos desaparecer. En tal sentido, el Dr. Germán Bidart Campos enseña que: “Una vez que el sistema ha engrosado la constelación de derechos mediante el agregado de derechos nuevos, o por la ampliación con contenidos nuevos de derechos viejos, el “plus” acumulado no puede desaparecer en el futuro, así desaparezca la fuente que expresamente les confirió el ingreso”¹⁸

Queda en claro que esta progresividad de derechos resulta fundamental para el crecimiento o evolución de toda sociedad. A todos nos gustaría vivir en una comunidad que cada día otorgue más beneficios y satisfacciones a los intereses de sus habitantes y, por su parte, que nos ponga a disposición también las herramientas mediante las cuales se garantice el goce de los mismos. El tema es que esta regulación normativa deberá hacerse en forma responsable.

¹⁸ Bidart Campos, Germán; “El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Constitucional Argentino” en la obra colectiva “Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La Revolución Inconclusa”, coordinada por el citado y Guido I. Risso, Ediar, 2005.p. 2 (p. 1 a 6)

Ya Juan Bautista Alberdi nos alertaba sobre los riesgos de esta fatalidad; “más de un legislador cae en la ilusión de que, con su talento, podrá modificar la naturaleza de las cosas o suplir a ella sancionando y decretando creaciones...”¹⁹

En otras palabras, por más que una ley sea espléndida en su redacción y contenga una prosa envidiable, de nada servirá si resulta imposible de aplicar, por ser ajena a la realidad existente. Vemos pues que se nos presenta como evidente, que para que las leyes sean cumplidas deben ser, a su vez, factibles en su cumplimiento.

Con esta reflexión tan solo queremos dejar sentada la importancia que reviste la factibilidad de una ley para el logro de su objetivo. Y si se trata de una ley que reglamenta la aplicación de derechos fundamentales, mayor prudencia entonces se deberá tener a la hora de elegir las palabras y términos adecuados en la redacción.

Recordemos que la ley no solo obliga al ciudadano común. Este tipo de normativas están dirigidas especialmente al Estado. De allí que su cumplimiento estará condicionado a las reales posibilidades fácticas del mismo.

Será responsabilidad entonces de quienes tienen la posibilidad de redactar las normas que luego serán aplicadas a la totalidad de la población, hacer que las mismas puedan ser cumplidas por todos aquellos que son sus destinatarios.

De lo contrario estaríamos creando un verdadero “catálogo de ilusiones”, del que ya nos hablaba el profesor Pedro J. Frías²⁰ al no poderse materializar en la vida de los individuos y grupos por falta de recursos, se torna contraproducente para la propia vida en sociedad. Cuando las normas crean y proclaman -más allá de sus nobles propósitos- obligaciones estatales de imposible cumplimiento, hacen nacer paradójicamente en la sociedad un reiterado sentimiento de frustración e incredulidad hacia el propio ordenamiento jurídico.

¹⁹ Alberdi, Juan Bautista; “Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina, derivadas de la ley que preside el desarrollo de la civilización de la América del Sur y del tratado del litoral del 4 de enero de 1831” –XVII- Ediciones Libertador. 2005.-

²⁰ Frías, Pedro J, “Estado social de derecho o catálogo de ilusiones”, diario La Nación, 25/04/1987.-

1.6 DEL CONTROL DE LEGALIDAD A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La influencia directa del Derecho Internacional ha producido avances, tanto en la sanción de nuevas normas que se fundan en los principios y valores allí determinados, como también a la hora de interpretar leyes ya existentes, las cuales son vistas desde una óptica diferente.

A diferencia del constitucionalismo clásico del siglo XIX, una de las características del moderno estado de derecho radica en que el acceso a la Administración de justicia, como derecho fundamental del ser humano, debe ser garantizado de forma plena y efectiva, dentro del marco constitucional y legal. No basta su simple protección formal; resulta fundamental que este derecho pueda hacerse valer y respetar de manera efectiva.

Se puede decir que los principios procesales del “juez natural” y el “debido proceso” son derechos de primera generación, incorporados a las constituciones liberales clásicas del Siglo XIX. Sobre esta base es que se asienta este nuevo concepto, el cual, como veremos a continuación, no solamente garantiza la jurisdicción judicial, sino también el fácil acceso a la misma.

Como antecedente normativo internacional de este nuevo concepto, podemos mencionar a la Ley Fundamental de Bonn, de 1949. Esta ley, verdadera constitución de la ex República Federal Alemana (Alemania Occidental), en su artículo 19.4, estableció el derecho fundamental individual a la tutela judicial efectiva. Define al mismo como un “derecho general de libertad”:

“Artículo 19: 1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental.

3. Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquellos les sean aplicables.

4. Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se

dará recurso ordinario, sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso.”

Se entiende que la intención de los constitucionalistas fue ampliar el derecho básico del debido proceso, interpretando que el mismo se dirigía hacia las relaciones entre particulares, ya tuteladas por las distintas garantías procesales históricas y reseñadas anteriormente (Derechos políticos y civiles de 1º generación).

Esta nueva tutela, por el contrario, estaría dirigida a comprender los conflictos que se originen entre los ciudadanos y los poderes públicos, y con ello el control judicial efectivo frente al ejercicio del poder público.

Resulta útil recordar que la Alemania de posguerra, cargaba la pesada herencia de su historia reciente, en la cual el respeto al individuo no había sido su característica fundante. Luego de los estragos que el nacionalsocialismo había dejado como herencia, y con la intención de impedir que los nuevos gobiernos repitieran la historia de abusos por parte del Estado hacia los individuos, le otorgaron a la justicia un amplio control de la actividad administrativa y, por otro lado, garantizaron al individuo un fácil acceso a la misma.

El razonamiento donde se basa esta posición resulta fácil de entender. El terror experimentado por gran parte de la población derivaba, en gran medida, de la omnipresencia y omnipotencia del Estado, cuyo accionar no encontraba límites en el ordenamiento jurídico vigente. Ante esta situación, para defender los derechos avasallados el ciudadano tan solo podría acudir al Poder Judicial, el cual requería ser fortalecido y al mismo tiempo garantizada su participación.

En síntesis, este nuevo principio trae aparejado un mayor poder del juez para proteger los derechos lesionados de los individuos, pudiendo dirigir la acción contra los actos administrativos, así como también contra la omisión administrativa. Asimismo el magistrado tendrá la facultad en su sentencia de ordenar a la Administración a que dicte el acto administrativo que le fue solicitado, o a dar una respuesta, o que la Administración dicte un nuevo acto basado en la interpretación que sostenga el tribunal.

A partir de la creación de esta tutela judicial efectiva, se estableció en la República Federal Alemana un nuevo sistema de control jurisdiccional, siendo su principal función la de posibilitar que los ciudadanos hagan efectiva defensa de sus derechos

subjetivos. Nos encontramos ante un nuevo sistema de protección al ciudadano, superior en los hechos al que representa el control judicial y del debido proceso.

Como condición obligatoria de aplicación de este nuevo concepto, resultaba necesario una adaptación de la normativa procedimental -especialmente la que reglamentaba las tramitaciones administrativas-, por lo que no se podrá aceptar que las mismas impidan o retrasen injustificadamente el derecho protegido.

Inspirándose en este modelo, en 1978 se dicta la nueva Constitución Española, la cual en su artículo 24 consagra que: *"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"*.

De una simple lectura a esta norma constitucional se infiere que nos encontramos ante una visión más amplia y generosa sobre el contenido y los alcances de este concepto. Comprende una protección jurisdiccional plena de todas las personas frente a la Administración, por cuanto solo los "jueces y tribunales" podrán resolver, en definitiva, sobre los "derechos e intereses legítimos" de los ciudadanos, quedando terminantemente prohibida la "indefensión".

La doctrina española entiende que este precepto de la constitución es el más frecuentemente invocado en materia de derechos fundamentales. Justifican dicha invocación en el hecho de que permite impugnar ante el Tribunal Constitucional, cualquier resolución judicial definitiva con independencia de cuál sea el órgano que la dictó.²¹

Esta evolución normativa permitió un mayor y mejor alcance en el control directo que efectúa la Justicia sobre la actividad administrativa, cuando de la misma se ven afectados derechos de los ciudadanos. Por otro lado, esta visión subjetiva del derecho protegido ha ampliado su ámbito de aplicación y posibilidades de acceso, con lo que ha permitido al ciudadano el acceso sin limitaciones formales de ningún tipo al "juez natural".

El Tribunal Constitucional del Reino de España, al interpretar este artículo, ha manifestado: "El primer significado de la tutela judicial efectiva es que todo derecho o interés legítimo -es decir, cualquier situación jurídicamente relevante- debe poder hacerse

²¹ Díez-Picazo, L.M. y Ponce de León; "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva", 1987, p. 41 y ssts. www.dialnet.unirioja.es.

valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero órgano judicial, quedando constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia”²².

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 produjo una *revolución jurídica* al incorporar al texto constitucional, diversos tratados internacionales que enuncian y regulan distintos derechos fundamentales de la persona humana: “En el derecho constitucional argentino, hay que tomar en cuenta las innovaciones que desde el 24 de agosto de 1994 introdujo la reforma de la constitución. El art. 75 inc. 22 sienta, como principio general, el de la suprallegalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola excepción. La modificación ha de verse así: a) en concordancia con el viejo art. 27, los tratados están por debajo de la constitución, pero b) por encima de las leyes, y de todo el resto del derecho interno. La excepción viene dada para los tratados de derechos humanos, de la siguiente manera: a) El mismo art. 75 inc. 22 inviste directamente de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente, pero además b) prevé que mediante un procedimiento especial otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también jerarquía constitucional.”²³

La aplicación obligatoria y directa de los principios consagrados por estos tratados en todo trámite procesal, incluidos los administrativos, modifica el punto de vista tradicional del abogado administrativo. A la hora de resolver un reclamo o un recurso, no solo aplicará las reglamentaciones pertinentes. Al hacerlo deberá asegurarse, además, de que no esté violentando derechos de mayor raigambre.

El *simple ciudadano* no solo se verá beneficiado con esta nueva realidad jurídica interna de la Administración. Verá también incrementados exponencialmente sus derechos, por cuanto se facilitará el acceso a la Justicia al momento de tener que defenderlos: “El avance más trascendente, a nuestro juicio, radica en la consagración del principio general de la tutela judicial efectiva, el cual, como antes señalamos, se encuentra contemplado en los arts. 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica que posee rango constitucional superior a las leyes.”²⁴

²² Tribunal Constitucional de España, sentencia N° 31/2000.-www.tribunalconstitucional.es

²³ Bidart Campos Germán. “Manual de Constitución Reformada” Ed. Ediar, Buenos Aires, 1996, T I Cap. V

²⁴ Cassagne, Juan Carlos; “El acceso a la Justicia Administrativa”, 2004, p. 27 en www.cassagne.com.ar.-

1.7 ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El principio que estamos estudiando tiene como objeto principal garantizar la jurisdicción judicial al momento de resolver y defender los derechos de los ciudadanos. Asimismo, como también vimos, el principio se extiende hasta asegurar que los procesos administrativos previos a la intervención judicial, no constituyan un impedimento a la normal definición del mismo, que no es otra que la resolución del conflicto por parte de una autoridad imparcial: El Juez.

Pero el alcance de este principio no se agota en lo manifestado en el párrafo anterior. Existe una etapa en el procedimiento en la cual se ven frustradas, en muchas oportunidades, las esperanzas de una satisfacción apropiada a los intereses de los ciudadanos venidos a juicio. Y ello ocurre cuando el administrado que ha logrado obtener una sentencia favorable, pretende hacer valer esta acreencia y solicita su cumplimiento por parte del Estado.

“El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia...Dentro de dicho esquema, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos: ...a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada.”²⁵

De allí que toda norma que regule el proceso contencioso, no debería limitarse a regular el proceso contradictorio que culminaría con el dictado de la sentencia. La misma deberá incluir necesariamente la etapa de ejecución, de una forma clara y concreta, recordando que la garantía de la tutela alcanza también a este momento del proceso. Más adelante se retomará este punto, a la hora de analizar el proceso en la provincia de Río Negro.

Como conclusión se puede afirmar que la evolución del Derecho actúa siguiendo el constante movimiento social y cultural. Si pretendemos satisfacer las

²⁵ Perrino, Pablo Esteban; "El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa" - Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo, p 6.-

necesidades de los ciudadanos en ese devenir, debemos permanecer alertas a las modificaciones legales que derivarán en su obligado cumplimiento.

Sobre este particular, la Dra. Zaratiegui afirma: “Creo que la entrada en vigencia del nuevo Código Civil, así como los lineamientos que viene estableciendo la CSJN (Cf. Barretto; Ledesma; Mikelovich), acentúan el carácter local del derecho administrativo. Recordemos que de forma expresa se ha excluido por ejemplo lo relativo a responsabilidad del Estado. Ello pondrá un nuevo desafío a los legisladores y también a la magistratura. Pero dará un verdadero contenido de derecho público a los institutos que hasta hoy han sido tratados con parámetros del derecho privado. La constitucionalización del nuevo código civil también -entiendo- tendrá un efecto expansivo en la constitucionalización de otras ramas del derecho.”²⁶

Este continuo avance en los reclamos sociales, como ya se ha detallado, ha producido constantes cambios en los distintos ordenamientos jurídicos. La visión global del Derecho Administrativo, nos obliga a levantar la vista de nuestro derecho local, a la hora de resolver estos reclamos, para comenzar a tener en cuenta las normas internacionales que han dado solución satisfactoria a las necesidades de los ciudadanos. El nuevo texto de nuestra Constitución Nacional es una guía en este sentido.

Se hace imprescindible entonces, saber cómo operan los requisitos de legitimación activa, el agotamiento de la instancia administrativa, el plazo de caducidad, analizando de manera transversal el principio del silencio de la Administración, por entender que el mismo afecta y condiciona la aplicación de los anteriores, como condicionantes indispensables para la habilitación de la instancia judicial. Todo lo cual será abordado en los siguientes tres capítulos.

²⁶ Entrevista a la Dra. Adriana Zaratiegui, agregada al Anexo I del presente.

CAPITULO II

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

2.1. ¿QUIÉN PODRÁ ACCIONAR CONTRA EL ESTADO?

Existe una discusión doctrinaria sobre el tema de la legitimación. La misma radica en si esta decisión sobre quién es la persona que tiene la facultad de accionar ante el órgano jurisdiccional cuando existe una situación que le produce perjuicio, es un asunto de índole estrictamente procesal o si, por el contrario, detenta aristas más profundas que lo puedan llevar a ser considerado una cuestión “de fondo”.

En primer lugar, debemos mencionar qué se entiende por legitimación. En una primera aproximación podemos afirmar que es “el reconocimiento que hace el derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto y el objeto del mismo”²⁷.

Como se puede apreciar el tema no es menor. Cuando una ley determina la legitimación para accionar, lo que en verdad está definiendo es, ni más ni menos, quien va a poder operar judicialmente, ya sea para solicitar la protección judicial de un derecho subjetivo determinado, o, desde el lado pasivo, quien será pasible de ser demandado, por cuanto si se deduce una acción en contra de una persona sin legitimación, esa solicitud de tutela jurisdiccional no podrá prosperar.

A primera vista se nos puede presentar como un requisito procesal de cumplimiento obligatorio para la presentación de la demanda. Operaría de igual forma que, por caso, la obligación de que todo escrito se encuentre firmado por el letrado, o la constitución del domicilio dentro del radio del Juzgado. Pero la facultad de accionar va

²⁷ Ladaria Caldentey, Juan; “Legitimación y apariencia jurídica”, Barcelona, Bosch, 1952, p. 11.

mucho más allá de un mero requisito formal que, cumplido por el interesado, permite la aceptación de la presentación. La legitimación, según como sea regulada, nos dirá también *quién* puede ser considerado “interesado” en la tramitación de la causa.

El profesor García de Enterría profundiza en este sentido afirmando lo siguiente: “La importancia de este requisito esta, pues en que en él se hace visible la mayor o menor amplitud de las acciones que se ejerciten en el proceso, esto es, de los derechos subjetivos de que apoderará a los administrados...para imponer o exigir límites a la acción de la Administración; más claramente aún, la mayor o menor penetración del juez o tribunal en la fiscalización del cumplimiento por la Administración, de la legalidad que plantea su desenvolvimiento. Se comprende fácilmente que esto excede bastante de ser una simple técnica procesal, y que en realidad, es una de las cuestiones básicas del Derecho Administrativo.”²⁸

Abundando en este concepto, vemos que también así lo ha entendido la Corte, es que “La legitimación, aún cuando se conciba como un concepto procesal, debe quedar en claro que ella involucra una cuestión constitucional, puesto que se encuentra vinculada con lo relativo al reconocimiento y tutela de los derechos y garantías consagrados en la carta fundamental”²⁹

La habilitación de la instancia debe ser una puerta que de acceso al edificio donde se va a desarrollar el trámite o proceso litigioso en que el Estado es parte. Si tomamos este simbolismo, la legitimación activa no sería otra cosa que la cerradura que, activada con la llave adecuada, permitirá abrir -o cerrar- esta puerta.

De acuerdo a las exigencias que incorporemos para autorizar esta legitimación, podríamos imaginar que tenemos la opción de modernizar esta puerta, conectándole un sistema de apertura simple, con células fotoeléctricas, como la existente en los supermercados o en los modernos edificios. Pero, en el otro extremo, también podríamos imaginarnos esta cerradura como la existente en una caja de seguridad, la cual necesite una combinación de 11 dígitos para poder ser abierta.

²⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás; “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, 1ª Edición Argentina, La Ley, 2006, p. 627.

²⁹ CSJN: “Monner Sans, Ricardo c/Fuerza Aérea Argentina s/amparo Ley 16.986”, sentencia del 26 de septiembre de 2006..

Dentro de este amplio espectro, hay un abanico de posibilidades que pueden dar seguridad sin transformar en una cárcel al edificio. De allí que la elección de la que se considere más apropiada y las ventajas y desventajas que se plantean doctrinalmente en estas deliberaciones, resultan de fundamental importancia a la hora de analizar el acceso de los justiciables a los tribunales.

Lo que hay que tener presente es que la decisión sobre qué tipo de cerradura le pondremos a la puerta no es neutra. Existe una vieja postura doctrinaria que entiende que cuanto más fácil sea el acceso a la justicia, más demandas serán presentadas y, por lo tanto, más dinero perderá el Estado en pleitos judiciales. Por el contrario, si limitamos el número de “interesados” reconocidos como tales, menos reclamos tendrá que soportar el mismo.

Esta premisa parte de una postura filosófico-política cuestionable. Quienes sostienen esta posición argumentan que al defender los intereses del Estado, se está defendiendo los intereses de la sociedad toda, puesto que el Estado somos todos. Ahora bien, este loable fin, al cual puede adherirse de corazón, no puede justificar la violación de derechos subjetivos consagrados en las modernas cartas magnas del constitucionalismo social. En otras palabras, el fin nunca puede justificar los medios, puesto que si utilizamos mecanismos ilegítimos, estamos desvirtuando el fin pretendido.

En efecto, bajar la litigiosidad contra el Estado puede, eventualmente, ser considerado un objetivo prioritario de una determinada gestión de políticas jurídico administrativas. En esos casos, pueden vislumbrarse dos grandes estrategias para lograrlo: intentando mejorar el accionar cotidiano del Estado, o limitando el acceso a la justicia para la revisión y corrección de los actos y sus consecuencias.

El accionar del Estado puede mejorarse, por ejemplo, exigiendo una mayor profesionalización de sus distintos órganos, o procurando una mayor eficiencia en los procedimientos de control interno de legalidad en la producción de sus actos administrativos, evitando o reduciendo la vulneración de derechos, y consecuentemente, el inexorable aumento de la probabilidad de que se efectúen reclamos judiciales. Por el contrario, la limitación en el acceso a la justicia puede obtenerse, justamente, aumentando los requisitos procesales para adquirir la legitimación activa en contra del Estado, despreocupándose de las causas generadoras de la potencial litigiosidad.

En principio, podría considerarse que las estrategias indicadas no son mutuamente excluyentes, en tanto la sintomatología jurídica –la reducción de la litigiosidad contra el Estado- sería equivalente y complementaria.

Sin embargo, si lo que en verdad se pretende es defender el interés de la sociedad, a través de una mayor tutela del Estado, no debemos buscarlo a través de la coartación de los derechos de los integrantes de la sociedad que lo sustenta. En lugar de restringir al máximo los medios de defensa que tienen los ciudadanos para hacer valer sus derechos, puede intentarse la mejora del accionar del Estado, exigiendo cada vez más a quienes ejercen funciones de gobierno.

Igualmente, es claro que estas estrategias no afectarán a toda la población y administrados por igual. A las restricciones que históricamente se han incentivado para reducir el reconocimiento de la legitimación activa, solo unos pocos elegidos han podido hacerles frente; son solo aquellos que han tenido suficiente y adecuado capital económico y sociocultural, como para poder contratar los servicios de juristas especializados en los vericuetos procesales que permitirían actuar en la justicia contencioso administrativa.

Resulta evidente que no todos los administrados se encuentran en una similar situación socioeconómica. De allí que algunos se hallen en mejor posición y cuenten con mayores herramientas como para poder hacer valer sus derechos de manera eficaz y eficiente. Es por eso que las restricciones y exigencias procesales que la ley determine, tendrán efectos perjudiciales mayoritariamente en aquellos que padecen una situación socioeconómica vulnerable.

Es por esta razón que no resultaría contraria a los valores jurídicos insertos en las convenciones incorporadas a nuestra Constitución, que toda ley que regule el acceso a la jurisdicción judicial, legisle de manera diferente a aquellas personas que se encuentran en una situación diferente.

Existen dos tipos de igualdad, dice el Dr. Bidart Campos³⁰: una formal y otra real. La igualdad formal es aquella en que todos somos considerados como iguales ante la ley, todos somos sujetos de derecho con iguales derechos civiles. La igualdad real es aquella en que el Estado juega un rol intervencionista intentando estabilizar la igualdad

³⁰ Bidart Campos, German; "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" Ediar, Buenos Aires, 1987, p 258 a 261.

económica-social de sus habitantes. Un ejemplo en nuestra Constitución sobre igualdad real la encontramos en el art. 14 bis.

Con el mismo criterio la Corte Suprema en reiteradas oportunidades ha aceptado que la ley establezca desigualdades en el trato a aquellos que se encuentran en una situación desigual “No es pues, la nivelación absoluta de los hombres, lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales”³¹

Por su parte, en el derecho internacional, el Tribunal Constitucional Español define el alcance del principio de igualdad: “... este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.”³²

Como se puede apreciar, una ley que distinga y otorgue un trato diferente a aquellos que se encuentran en una situación diferente, respetaría estos principios que estamos resaltando y se presentaría como más acorde a la definición de “igualdad ante la ley” hoy mayoritariamente reconocida.

Como ejemplo podemos citar la nueva ley que reglamenta las medidas cautelares contra el Estado Nacional: La ley 26.854.

Si bien hay que decirlo, esta norma fue criticada ampliamente por la doctrina nacional por su impronta estatista al establecer una serie de requisitos muy favorables al

³¹ C.S.J.N., “Eugenio Díaz Vélez c. Provincia de Buenos Aires”. Fallos 151:359 - 20/06/1928

³² Tribunal Constitucional de España, sentencia N° 76/1990.-www.tribunalconstitucional.es

Estado al momento de autorizar una medida cautelar en su contra. Pero más allá de estas críticas, las cuales comparto, esta ley se presenta como novedosa a la hora de brindar un tratamiento diferente según sea el objeto pretendido en el proceso.

“ARTICULO 2° — Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente.

1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere hecho antes. Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.

2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.”

Como se puede apreciar, esta ley sancionada en el año 2013, efectúa una diferencia concreta entre los administrados que requieren la medida. No trata de la misma forma a todos y justifica su diferenciación ya sea en una situación de vulnerabilidad social o si se trata de derechos fundamentales como vida digna, salud, alimentos, etc. La misma puede ser tomada como ejemplo para futuras legislaciones.

Es por ello que la norma que regule el tema de la legitimación activa se constituye así, en un fiel reflejo de la postura que pretende asumir el Estado frente a este impacto diferencial en el conjunto de la población y para cada uno de sus grupos sociales. Un somero repaso histórico sobre la evolución de las posturas doctrinarias y normativas que han dado sustento a los regímenes que han regulado la posibilidad de demandar judicialmente al Estado, nos resultará entonces, de suma utilidad.

2.2. PRIMEROS ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DOCTRINALES DE LA LEGIMITACIÓN ACTIVA CONTRA EL ESTADO

¿Cuál es el camino que viene recorriendo la doctrina y muy especialmente su explicitación normativa en este tema tan delicado? ¿Y cuál es la dirección hacia la que se dirige nuestro ordenamiento jurídico en esta materia?

En un primer momento, ya algo lejano en el tiempo, el principio general fue el de la indemandabilidad del Estado. Tal postura –presente en los ordenamientos Jurídicos internacionales de las principales naciones de mediados del siglo XIX- se apoyaba principalmente en la idea de “*inmunidad soberana*”.³³

No obstante las ideas dominantes de la época, la Constitución Argentina y especialmente el pensamiento de su mentor Juan Bautista Alberdi, partieron de otra premisa: *el Estado debe ser responsable de su accionar*. Como ejemplo podemos citar el texto del artículo 15 de la Carta Magna, el cual reza: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.”

Esta redacción actualmente vigente, que pertenece a la Constitución de la Confederación Argentina y fue escrita en 1853, determinaba que habría una indemnización para los dueños de los esclavos que por su imperio quedarían en libertad. Como se puede apreciar, resulta una posición de avanzada, por cuanto este reconocimiento de responsabilidad no estaba preceptuado en los ordenamientos jurídicos del ámbito internacional más importantes de aquella época, como los de Estados Unidos de Norteamérica, Francia o Reino Unido; puede verse allí un precedente de la singularidad histórica de nuestro sistema.

Pero esta responsabilidad estaba ceñida al cumplimiento de reglas estrictas. A nivel nacional, en el año 1900 la ley N° 3954 -que regló las demandas contra la Nación-

³³ Gamboa Morales, Nicolás; “La inmunidad soberana de jurisdicción en el arbitraje comercial e internacional”, Bogota Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2007. P. 22.

exigió como condición indispensable para llevar a juicio al Estado la “venia legislativa previa”, es decir, una autorización especial y específica por parte del Poder Legislativo.

“Este sistema, al no articular plazos para resolver las reclamaciones ni reglar los procedimientos garantísticos necesarios para la tutela de los derechos de los administrados, operó como una fórmula que, en los hechos, al bloquear o impedir el acceso a la justicia, generó continuos supuestos de denegación de esta última, puesto que los ciudadanos o empresas lesionadas no estaban habilitados (al faltarles la autorización del Congreso) para promover las respectivas acciones judiciales.”³⁴

Con posterioridad la ley nacional N° 11.634, publicada en el Boletín Oficial del 28 de septiembre de 1932, si bien suprimió tal exigencia estableció la “reclamación administrativa previa” como requisito necesario para habilitar la instancia judicial contra un ente estatal. La “habilitación de la instancia” judicial se caracterizaba por ser un verdadero examen previo de presupuestos procesales, solo apto para especialistas en la materia.

A nivel provincial, cada provincia reguló su derecho administrativo local de acuerdo a sus propios intereses y en virtud a principios establecidos en sus constituciones, al ser materia no delegada al Estado Nacional. En Río Negro, su primera constitución sancionada en el año 1957, determinaba la responsabilidad del Estado en su artículo 23 por el accionar de sus agentes con motivo y en ejercicio de sus funciones. Autorizaba a demandar sin necesidad de efectuar pedido de autorización en forma previa, pero condicionaba en caso de condena la posibilidad de embargar sus cuentas a un procedimiento previo de inclusión en la ley de presupuesto.

En cualquier caso, lo que se observa es que la legitimación activa, en general y con las excepciones de rigor, estuvo limitada a los titulares de derechos subjetivos, dejando sin acceso al Fuero a quienes invocaran intereses legítimos, difusos o colectivos.

En efecto, cabe recordar la ya consolidada doctrina y jurisprudencia por la cual se considera que el derecho subjetivo es una facultad de obrar, de utilizar una cosa o de exigir de alguien un comportamiento determinado, facultad que se encuentra reconocida por el derecho objetivo. Por su parte en el interés legítimo, el administrado ya no tiene que

³⁴ Salomoni, Jorge Luis; “El Contencioso Administrativo en la República Argentina: Sus principales características en la etapa de formación nacional y de internacionalización del ordenamiento jurídico”, 2007. P. 2. Un análisis detallado sobre la evolución normativa en esta materia lo efectúa el Dr. Juan Carlos Cassagne, en “El acceso a la Justicia Administrativa”; La Ley, 16 de junio de 2004.-

demostrar que es titular de un derecho subjetivo directo para poder oponerse a lo que él considera una arbitrariedad o a una sinrazón en el accionar del gobierno, debiendo limitarse a probar que esta acción u omisión lo afecta o lo perturba de forma particular, hecho que lo pone en una situación diferente a la generalidad de la población, quienes tan solo detentarían un interés simple en el cumplimiento de la ley. Más adelante se profundizará en los términos “interés difuso y colectivo”.

Uno de los principales antecedentes de referencia insoslayable para el análisis de esta postura es el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, conocido comúnmente como “*Código Varela*”, que rigió la materia entre 1906 y 2003. El mismo restringía la legitimación activa a los titulares de “derechos subjetivos administrativos”, definición destinada a ajustar la legitimación a la competencia en razón de la materia, con exclusión de los titulares de derechos “de carácter” civil, comercial o laboral. Demás está decir que esta limitación dejaba sin resguardo a numerosos perjudicados por el accionar propio del Estado, el cual, como todos sabemos, no se limita en su accionar a temas exclusivos del derecho administrativo (en su sentido material).

Este sistema imperó también de forma excluyente en casi todos los ordenamientos jurídicos nacionales y provinciales hasta finales del siglo pasado, momento en el cual se produce una inflexión. La misma va de la mano de las revolucionarias modificaciones que derivan de la reforma constitucional de 1994, y en la jurisprudencia de la Corte, a partir del fallo “Fernández Arias”³⁵, estableciéndose nuevos parámetros sobre la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva.

Dentro de esta nueva visión, queda en claro que el acceso a la justicia no puede ser cercenado por obstáculos meramente formales y que los actos de las autoridades administrativas no constituyen decisiones finales sino que están sujetos a revisión judicial.

Asimismo este acceso ha de ser irrestricto, rápido, sencillo y efectivo como lo proclaman los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya transcritos en las páginas 17 y 18.

A efectos meramente ejemplificativos de esta nueva óptica, puede observarse el artículo 13 del Código aprobado por Ley N° 12.008 por el que se reemplaza al “Código

³⁵ CSJN “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ suc.”. Fallos, 247:646 -1960.

Varela” en la Provincia de Buenos Aires: “Legitimación activa: Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”. De esta manera, podrían actuar como parte demandante no solo los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sino también quienes invoquen intereses tutelados por los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional.

Una redacción similar es la que encontramos en el artículo 6 de la Ley N° 189 de 1999, que aprueba el Código Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En igual dirección, el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, se refiere a un “interés jurídicamente tutelado”.

La nueva ley que crea el Código Procesal Administrativo de Río Negro en su artículo 5° adhiere a esta posición: “Toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos, o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico está legitimada para deducir las pretensiones previstas en este Código”

De esta forma, desde el inicio del siglo XXI se va conformando una nueva posición legislativa y doctrinal en cuanto a la persona que podrá ser tenida como parte en un pleito contra el Estado. Las posibilidades de participación de los ciudadanos parecen ampliarse.

2.3. LA INCIDENCIA EN LOS ALCANCES DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA, LA MAYOR PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO EN LA COSA PÚBLICA

A quienes tienen la oportunidad de participar en el proceso creador de una norma, hay una serie de preguntas que se les presentan incesantemente. ¿Cuál es la postura jurídica que idealmente mejor se ajusta a la concreta y temporal circunstancia cultural, política y social en que nos toca regular un determinado instituto o temática? En este caso, y en este momento y lugar de la Patagonia Argentina, ¿Qué requisitos se le debería exigir al administrado para llevar a juicio al Estado? ¿Hasta dónde llegaría el interés jurídicamente tutelado? ¿Qué tipo de participación correspondería otorgarle al ciudadano?

La posibilidad más ambiciosa e innovadora, es la que le otorgaría al ciudadano común una intervención amplia, acorde con la filosofía política de democracia social y participativa que inspiró parte de la reforma constitucional de 1994. Así como vimos aparecer el concepto de “interés colectivo”, aceptando como parte en un pleito a quienes representan y defienden un bien comunitario como es el medio ambiente, ¿no podría ser considerado el buen desempeño del Estado como algo que resulta de interés colectivo, puesto que su mal desempeño repercute directamente en nuestra vida cotidiana?

Todo ciudadano tiene un interés jurídico en que el Estado actúe según los límites que le marca la ley (Principio de Legalidad), puesto que el imperio de la ley es un principio republicano básico e indispensable para que un Estado pueda ser calificado como “*de derecho*”. Más aun, sería incomprensible que en un Estado de derecho, este interés jurídico específico y fundamental para la vida democrática, no se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico imperante, dejando el control de su cumplimiento en manos del propio controlado.

“Cabe preguntarse si todavía tiene sentido la categoría del interés legítimo, cuando ya el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires -para dar un ejemplo cuantitativamente importante en cuanto a justiciables- lo equipara al derecho subjetivo en cuanto a la legitimación y cuando el derecho constitucional de incidencia colectiva que emerge de las normas nacionales es de aplicación obligatoria en todo el país.”³⁶

Ahondando en la cuestión, vemos que la reforma constitucional de 1994 propicia la mayor participación ciudadana en la vida pública del Estado. Así, se insertan con rango constitucional figuras de democracia semidirecta (también llamada democracia participativa) como la consulta popular y la iniciativa popular (arts. 39 y 40 Constitución Nacional) y se establecen sistemas de consulta pública previa y obligatoria, sobre todo en normativas de servicios públicos y en procedimientos licitatorios, tanto internacionales como nacionales.

³⁶ Gordillo, Agustín; Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas; Tomo 2, Buenos Aires, FDA, 2009. p. 2.- Más adelante, el mismo autor abunda en su posición cuando afirma: “La existencia de los derechos de incidencia colectiva en el proceso judicial torna un poco ociosa la discusión en el procedimiento administrativo acerca de si alguien tiene o no un interés legítimo. Es muy posible que de afirmarse en la experiencia el reconocimiento de la legitimación constitucional amplia para aquéllos, la segunda categoría tienda a desaparecer.”

Como ejemplo se puede mencionar que el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en aquellos programas de obra pública que financia directamente, incorpora este requisito de consulta pública como obligatorio para la aprobación del proyecto en cuestión. A esta consulta son invitados todos los vecinos del barrio donde se ejecutará la obra y las entidades intermedias que puedan verse afectadas. En dicho acto se explica detalladamente las características del trabajo que se pretende realizar y queda a su disposición un libro de actas, para registrar sus opiniones, observaciones o críticas al mismo. Para estas entidades multinacionales de crédito, la opinión de los beneficiarios finales de la obra resulta fundamental al momento de verificar la viabilidad de la misma.³⁷

Así, esta nueva filosofía político jurídica ve al ciudadano como partícipe necesario y fundamental de la vida democrática. Alejado de su histórico rol pasivo, que se limita a emitir su sufragio en forma periódica, se fomenta la inserción del mismo en el accionar propio del Estado, puesto que, en definitiva, será el destinatario final de su proceder. Y en esta nueva postura, el derecho administrativo tiene mucho que aportar y recibir.

Siguiendo este rumbo -marcado señeramente por el profesor Gordillo- se podría afirmar que carece de sentido limitar la participación ciudadana en un proceso judicial de control de la actividad administrativa. Una postura semejante, se presentaría como contradictoria a este espíritu participativo que ha invocado el bloque jurídico de constitucionalidad como consecuencia directa de la reforma constitucional de 1994.

Este cambio en la posición del ciudadano a la hora de reclamar al Estado ofrece, no obstante y *prima facie*, las dos caras de una misma moneda. El estudio en profundidad de estas dos situaciones posibles, hacen en definitiva que la balanza se incline hacia uno u otro lado a la hora de analizar una ley procesal administrativa y proponer, en su caso, las ventajas o desventajas de su modificación.

Para su mayor comprensión se propone el siguiente ejercicio de simulación interpretativa. Supongamos que se establece este nuevo régimen amplio de legitimación activa, modificando el artículo 5º del nuevo Código Procesal Administrativo de Río Negro,

³⁷ Como ejemplo de aplicación de este sistema de consulta pública, ver requisitos exigidos en el Reglamento Operativo del Programa Mejoramiento de Barrios (PROMEBA) el cual es financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y se ejecuta en casi toda Latinoamérica. En Argentina el programa es ejecutado a través del Ministerio de Acción Social de la Nación. www.promeba.gob.ar.

ley 5106 tal cual lo recomendado en el Capítulo VII del presente. Al temor lógico que todo cambio produce en aquellos que se encuentran acostumbrados a trabajar de cierta manera, se le suma en este caso una duda real y concreta, la cual nace de la propia experiencia.

La cuestión se podría resumir en el siguiente interrogante: ¿La desaparición de las barreras que limitaban la participación de los administrados en los procesos judiciales contra el Estado, no hará que se multipliquen los mismos, hasta llegar a entorpecer el normal accionar de la Administración?

Analizada en profundidad, sin embargo, observo que tales prevenciones obedecen pura y exclusivamente a un subterfugio racionalizante de un simple convencionalismo consuetudinario exacerbado, el cual pretendo seguidamente desmontar.

Mencionamos ya que todo cambio jurídico institucional es susceptible de producir en sus operadores habituales, si no temores, por lo menos grandes incertidumbres. Y resulta comprensible que así sea, pues seguramente impactará no solo en ellos sino también, de forma directa o indirecta, en la sociedad en su conjunto (por ello siempre es aconsejable actuar con prudencia a la hora de efectuar modificaciones a un trámite que ya se encuentra vigente y se está implementando). Es dable imaginar también que por estos derroteros se ha circulado a la hora de eliminar como requisito la *venia legislativa*, o de enarbolar la modificación de los alcances de la legitimación activa tras la reforma del *Código Varela*.

Más aun, este tipo de situaciones sin dudas se ha reiterado y reiterarán ante cada innovación (o evolución) efectuada en materia administrativa. No obstante, las modificaciones efectuadas a lo largo de la historia en materia contencioso administrativa no han cesado, ni se efectuaron en forma azarosa y descontextualizada. Más bien al contrario, lo que se observa es un camino, una senda, una secuencia de fases correlacionada preclusivamente hacia y en una determinada dirección.

Tal como se viene constatando en este trabajo, se observa una evolución lenta pero sostenida desde la original inmunidad soberana del Estado, a las más amplias prerrogativas que le eran otorgadas, para vislumbrar cómo cada vez más dichas prerrogativas están siendo limitadas y controladas, hasta arribar, por el contrario, a la extensión de los derechos de los ciudadanos frente al Estado y la expansión de los mecanismos para su mejor resguardo. Protegidos por principios generales que son

exigibles, obviamente, en sede judicial, pero ahora que también deberán ser respetados en sede administrativa (Art. 8.1 Convención Americana de derechos Humanos). Y cuando esto no ocurra, el Estado no puede escudarse en prerrogativa alguna que impida al ciudadano hacer valer su derecho.

Paralelamente, y como acompañando a esta evolución, se está produciendo un cambio en el trato que se le dispensa a la persona común, al habitante del territorio donde tendrá jurisdicción la ley que se redacta.

Así, el administrado, de un ser pasivo y preocupado por que el Estado *leviatán* no ultraje sus derechos subjetivos, y encomiándose al cumplimiento satisfactorio de los incontables requisitos que le permitirán acceder a una sede judicial bajo la promesa de que allí se los harán respetar, se va transformando lentamente, en un ciudadano. Un ciudadano al cual le ley no solo lo va a proteger sino que también le va a exigir una participación más directa en la vida social y política de su comunidad. Es al servicio de este ideal de ciudadano al que están dirigidas estas nuevas regulaciones jurídicas. Un ciudadano protector del medio ambiente, que participa activamente en organizaciones no gubernamentales cuyos objetos se relacionan a temas tanto sociales, como económicos o deportivos, que concurre a las audiencias públicas a la hora de aprobar una obra destinada a su barrio, que se atreve a presentar reclamos a empresas multinacionales por deficiencias en los servicios que prestan o deberían prestar, o que juntan firmas para que se apruebe un proyecto de ley de su interés.

2.4. CONTROL DE LEGALIDAD

Establecer un sistema de legitimación activa amplia, no es otra cosa que crear un control de legalidad que estará en manos de todos los ciudadanos, quienes podrán reclamar ante la Administración pública primero y ante la Administración de justicia después, por cualquier cuestión relacionada a un derecho que se haya visto violentado. Entendiendo que el correcto accionar del Estado es un derecho subjetivo, que puede ser reclamado por el ciudadano.

Estudiando el derecho comparado, vemos que existen hoy en día, códigos procesales que regulan sistemas similares a los aquí comentados. Así, el artículo 114 de la Ley N° 1284 de la Provincia de Neuquén, fue realmente innovador al regular lo siguiente: “Artículo 114. Derechos subjetivos públicos: Las situaciones jurídicas subjetivas que titularizan los administrados se denominan derechos subjetivos públicos. Entiéndese por derecho subjetivo público la facultad de exigir, para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad.”

En razón de las objeciones y temores comentados anteriormente, cabe destacar que esta redacción -datada en el año 1981- no ha ocasionado una avalancha de juicios en contra de la provincia del Neuquén, ni ha entorpecido su normal desarrollo. En efecto, Neuquén viene aplicando un sistema de control de legalidad amplio desde hace más de tres décadas, sin que sus tribunales se hayan abarrotado y sin que sus arcas se hayan vaciado.

Enmarcado en la búsqueda de normativas que establecen sistemas amplios de legitimación, se nos presenta el artículo 19 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Reino de España, el cual autoriza a ejercer acciones en defensa de la legalidad: “La acción Pública supone que la ley habilita a cualquier persona para ejercer acciones en defensa de la legalidad y no de sus propios derechos o intereses legítimos, que no necesitan por ello ser invocados; puede actuarse incluso en protección de derechos de terceras personas.”³⁸

En esta misma sintonía, el derecho español nos entrega otro ejemplo de este tipo de legitimación, cual es la llamada *Acción Vecinal*. La misma está regulada en el artículo 68 de la Ley Reguladora de las Bases del Gobierno Local, sancionada en el año 2003. Dicha norma habilita a cualquier vecino a solicitar a la entidad local (gobierno comunal) que ejerza las acciones que se estimen pertinentes en defensa de sus bienes o derechos. Para el supuesto de que en el plazo de 30 días la entidad no diera inicio de acción alguna, “...los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la entidad local...”

³⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás; “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, 1ª Edición Argentina, La Ley, 2006. P 633.-

Sobre los alcances de esta norma el profesor García de Enterría reflexiona: “Aquí hay una legitimación a favor de cualquier vecino, pero lo peculiar es que éste actúa como sustituto procesal de la entidad local, en su nombre y ejerciendo los derechos que solo a ella pertenecen”³⁹

Como se puede apreciar, el espíritu de estas normas es otorgar al ciudadano común una herramienta de control del accionar estatal. Si bien en Argentina esta amplitud procesal todavía no ha alcanzado ribetes de hegemonía doctrinal y normativa, luego de la reforma constitucional del año 1994 es dable mencionar sobre esta temática un cambio sino jurisprudencial, actitudinal, por parte de los tribunales judiciales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2009, establece una nueva clasificación en materia de legitimación procesal, delimitando tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En el fallo “Halabi”⁴⁰ el Máximo Tribunal, respecto a los intereses simples, es contundente al expresar, en el considerando 9º que “no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.” Cierra así la discusión sobre la (im)posibilidad de que el amparo se transforme en una acción popular. Pero luego abre una ventana interpretativa al dejar sentado que la mayor amplitud para demandar -reconocida en el artículo 43 de la Constitución Nacional- alcanzaba específicamente a derechos violentados por las discriminaciones y a aquellos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

En síntesis, lentamente el administrado se va transformando en un ciudadano, el cual detenta un rol cada vez más protagónico y activo en la vida comunitaria y sociojurídica. Es ésta la filosofía política que, entiendo, se viene presentando como parte de una nueva fase evolutiva de la regulación jurídica y doctrinaria en esta materia. Aun así, quedará en manos de los propios ciudadanos saber utilizar todas estas nuevas acciones y posibilidades que progresivamente, las más recientes bases doctrinales, jurisprudenciales y

³⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás; “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, 1º Edición Argentina, La Ley, 2006. P. 633.-

⁴⁰CSJN sentencia en autos “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111

legislativas le están reconociendo. Las herramientas previstas por el moderno derecho administrativo global para lograrlo, están más al alcance que nunca.

En el Capítulo V del presente trabajo se efectúa un análisis detallado de la normativa procesal administrativa actualmente vigente en la Provincia de Río Negro.

La nueva ley que crea el Código Procesal Administrativo de Río Negro, N° 5106, en su artículo 5° establece: “Toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos, o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico está legitimada para deducir las pretensiones previstas en este Código”.

Entendiendo que esta redacción no refleja los nuevos valores que el Derecho Administrativo global le imprime a la tutela judicial efectiva, en las recomendaciones finales de este trabajo se propone un nuevo texto para regular la legitimación activa procesal.

CAPITULO III

NECESIDAD DE AGOTAR LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

3.1 DISTINTAS POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA TEMATICA

El agotamiento previo de la vía administrativa constituye uno de los requisitos de admisibilidad que suelen exigirse para la interposición de ciertas pretensiones procesales administrativas. Se produce mediante la deducción de los recursos administrativos regulados y destinados a arribar al órgano superior con competencia decisoria respecto del acto impugnado.

Este recaudo legal tiene distintos tipos de exigibilidad según las diferentes legislaciones, siendo en la actualidad uno de los temas más controvertidos del derecho administrativo nacional e internacional. Es más, actualmente se ha cuestionado la necesidad de su mantenimiento, fundando esta posición en los abusos existentes en muchas reglamentaciones, que establecen verdaderos laberintos procesales, los que distorsionan su verdadera función y finalidad.

El análisis doctrinal sobre la temática presentada nos ofrece tres posturas bien definidas. La primera de ellas, lo considera un presupuesto procesal esencial para habilitar el control judicial. Una segunda posición descarta la exigencia de su obligatoriedad, dotándole un carácter potestativo a favor y para el administrado. Por último, una tercera postura se manifiesta favorable a la exigencia de su obligatoriedad, pero subordinándolo a supuestos en que se acredite una utilidad práctica, determinando con claridad el modo de su aplicación y los casos que se considerarán excluidos de tal exigencia.

Según el estudio efectuado por el Dr. Pablo Perrino⁴¹ respecto al derecho comparado y a nivel internacional, esta cuestión no encuentra una posición unificada. El agotamiento de la instancia administrativa como requisito para habilitar el control judicial se regula como facultativa en países como Francia, Italia y México, mientras se mantiene (en general o solo para ciertos casos) como obligatoria en países como Alemania, España, Estados Unidos, Colombia, Uruguay, Costa Rica y Argentina (sea a nivel federal o local).

Como ejemplo de normativa local que mantiene su obligatoriedad podemos citar: El Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, art. 3 ley 189; El Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, arts. 14 y 15 ley 12008; Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes, art. 10 ley 4106; Código Procesal Administrativo de la Provincia de Neuquén art. 6 ley 1305; Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba, arts. 6,7 y 8 ley 7182; Código Contencioso Administrativo de la Provincia del Chaco, arts. 9 y 10 ley 848; Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Capítulo II arts. 7 y 8 de la ley 133; Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de La Pampa, art. 9 ley 952; Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Cruz, art. 5 de la ley 2600, etc.

Teniendo en consideración que las tres posiciones mencionadas reflejan las posturas de los más importantes autores de nuestra doctrina, es que analizaremos en profundidad los fundamentos en que se basan cada una de ellas, intentando de esta forma entender los argumentos esgrimidos en cada caso, para finalmente, explorando la normativa provincial, verificar la situación procesal que resulta aplicable.

Vale también aclarar que en este análisis, cabe introducir un elemento más de problematización entre quienes defienden las distintas posturas. El mismo radica en la posibilidad o no de otorgarle a los magistrados la facultad de controlar “de oficio” el cumplimiento de estos requisitos. Sobre este particular, ante la importancia que detentaría su aceptación para la temática de este estudio, entendemos pertinente dejar constancia de los pensamientos más agudos, tanto en su defensa como contrarios a la misma.

⁴¹Perrino, Pablo E. “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”- Publicado en la Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, año 2003 p. 257/294.

3.2 UN PRESUPUESTO PROCESAL ESCENCIAL PARA HABILITAR EL CONTROL JUDICIAL

Un amplio sector de la doctrina entiende que el agotamiento de instancia sigue siendo indispensable como paso previo y obligatorio que el administrado deberá recorrer para poder acceder a la jurisdicción judicial. A la hora de explicar cuál sería el justificativo jurídico para exigir el agotamiento de la instancia administrativa, se presenta un abanico de posibilidades.

Algunos doctrinarios entienden a la misma como una etapa conciliatoria anterior al pleito, dándole a la Administración la posibilidad de revisar el caso, y de resultar oportuno, salvar algún error.

Entre los autores más destacados que adhieren a esta postura podemos citar a: Manuel Argañarás⁴² y Juan F. Linares⁴³.

Para otros, este requisito promueve el control de legitimidad y conveniencia de lo actuado por los órganos inferiores⁴⁴.

Y hay quienes se limitan a aceptar su obligatoriedad tan solo por tratarse de una verdadera prerrogativa propia del Estado. “Por nuestro lado, creemos que es claramente un privilegio estatal y que, consecuentemente, debe interpretarse con alcance restrictivo.”⁴⁵

Por su parte, la CSJN considera que el previo agotamiento de la instancia administrativa es la esencia de los recursos contencioso administrativos, según lo ha expresado en el caso “Serra”⁴⁶ donde se afirma: “Que los plazos de caducidad previstos para la habilitación de la instancia contencioso administrativa en los arts. 25 de la ley nacional de procedimientos administrativos y 100 de la ley orgánica municipal número 19.987, constituyen una prerrogativa propia de la Administración Pública, para que, en virtud de los postulados del Estado de Derecho —entre los que se encuentran la justiciabilidad del Estado y la división de poderes— ella puede estar en juicio. Esto significa, en otros términos, la posibilidad de habilitar la competencia de la rama judicial

⁴² Argañarás, Manuel J. “Tratado de lo contencioso administrativo”, reimpresión inalterada, Lex, La Plata, 1988. P. 33.-

⁴³ Linares, Juan F. “Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo”, Astrea, Bs. As., 1974. P. 21/22.-

⁴⁴ García Pulles, Fernando R.; “El agotamiento de la vía administrativa”, La Ley, 1993-A-1044, P. 1044.-

⁴⁵ Balbín, Carlos F.; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2011, P. 49.-

⁴⁶ CSJN, “Serra, Fernando H. c/ MCBA”, LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93.-

del gobierno para revisar la validez de los actos emanados del Poder Ejecutivo y de los que —con la propiedad de "causar estado", por cerrar la discusión en sede administrativa— emanan de los órganos y entes que se le subordinan, salvo los casos de excepción también establecidos por el legislador... Que, por obvia derivación del segundo de los postulados precedentemente citados —la división de poderes— y el cumplimiento de los objetivos y mandatos impuestos a los poderes públicos en el texto constitucional, la demandabilidad del Estado exige que sea en condiciones tales que, por un lado, el ejercicio de sus funciones no sea afectado por las demandas de los particulares; pero, por otro, que las garantías de los habitantes no sean, tampoco menoscabadas por privilegios que se tornen írritos a la luz del texto constitucional.”⁴⁷

En lo que respecta a la Provincia de Río Negro, quienes sostienen la necesidad de culminar la instancia administrativa en forma previa y obligatoria, entienden que habría una clara referencia a la necesidad del agotamiento en el artículo 181 de su constitución. Allí, en el capítulo sobre “las facultades y deberes del Poder Ejecutivo”, dispone en el inciso 7° que “el Gobernador conoce y resuelve los recursos administrativos que se deduzcan contra sus propios actos, los de sus inferiores jerárquicos y entes autárquicos provinciales, siendo sus decisiones recurribles ante la justicia”.

La propia jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro plantea que la promoción de la acción contencioso administrativa se encuentra condicionada al agotamiento previo de la vía administrativa, tal como lo afirma en la sentencia de autos “B. R. C/ Mun. Gral. Roca”⁴⁸ del año 2000.

Con posterioridad ratifica dicha posición en el fallo “M., H. J. S/ Queja”⁴⁹ del año 2005, donde se expresa de la siguiente forma: “Este Cuerpo ya ha dicho, en referencia al dictado de la Constitución de 1988, que no se ha introducido modificación alguna en

⁴⁷ La CSJN mantiene este criterio en el fallo “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée M. v. Ministerio de Cultura y Educación” de 1999, donde se sostiene el criterio que la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo —en el caso, tramitado como denuncia de ilegitimidad— no es susceptible de ser impugnada en sede judicial, pues si el interesado deja vencer el término para deducir los recursos administrativos la vía recursiva queda concluida y por tanto la posibilidad de agotar la administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial. Ello así, según lo establecido en el art. 1°, inc. “e”, apart. 6°, de la ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752) y el carácter perentorio y obligatorio que tal cuerpo legal confiere a los plazos para recurrir.

⁴⁸ STJ RN “B. R. C/ Municipalidad de General Roca S/ Reclamo S/ Inaplic. de Ley”, 15-08-00

⁴⁹ STJ RN “M., H. J. S/ Queja en: ‘M., H. J. C/ Provincia de Río Negro S/ Contencioso Administrativo’”, de fecha 09-09-05

cuanto a la necesidad del agotamiento de la vía administrativa como requisito previo al proceso judicial propiamente dicho”. Para el máximo Tribunal local se trata de un privilegio potestativo. Y, según su propia jurisprudencia ya antes detallada, se entiende como requisito indispensable para la promoción de la acción contencioso administrativa, el agotamiento previo de la vía administrativa, tomándolo como un principio rector.

En definitiva, quienes defienden esta posición, entienden que el agotamiento de la instancia administrativa constituye un verdadero privilegio. Y se sostiene en dos razones. Una de orden técnico (se trataría de una previsión constitucional) y la otra de orden práctico (facilidad presupuestaria). Si bien esta última justificación se aparta de lo estrictamente legal, es bueno incorporarla, en atención a que habitualmente es esgrimida a la hora de analizar normativas procesales que tienen al Estado como parte. Desde esta óptica, se plantea que existiría una real necesidad de buscar recaudos formales para condicionar el acceso a la justicia, entendiendo que de esta forma se estaría protegiendo el “interés general”.

En el tema que nos ocupa, el interés general se apreciaría a simple vista, por cuanto el Estado somos todos y toda prerrogativa que sirva para defender los intereses estatales, en definitiva servirá para defender los intereses de la comunidad toda.

Culminando con el análisis de esta primera postura, vemos que la misma entiende como positivo subrayar que el examen de todos estos recaudos que condicionan la admisibilidad de la pretensión, puede ser efectuado no sólo a requerimiento de la demandada, sino también, dada su naturaleza, por el propio magistrado, pudiendo desestimar oficiosamente la demanda (similar a lo reglado por el artículo 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sin que por ello lo 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.

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro parece compartir estos preceptos, en algunos considerandos del fallo “Financiera Clusel”⁵⁰ del año 2006, donde citando la doctrina de “Gorordo”⁵¹ y la opinión de Julio Comadira⁵², reconocen al Juez la

⁵⁰ "Financiera Clusel S.A./ Municipalidad de San Carlos de Bariloche S/ Contencioso Administrativo", 06-02-2006.-

⁵¹ Ver Nota 47.

facultad de ejercer la revisión oficiosa, bien que en un tono por demás acotado y riguroso, pues se deberá fundamentar "...sobre la base de las circunstancias de hecho que nutren el caso, la prueba documentada arrimada a la causa y el plexo normativo a ella aplicable..."

3.3 UN OBSTÁCULO PARA LA HABILITACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL

Con una visión enteramente contraria a la anteriormente desarrollada se hace presente una segunda postura, la cual propicia la desaparición como requisito obligatorio, del agotamiento de la instancia administrativa.

Para los defensores de esta posición la interposición de un recurso administrativo no debería ser obligatorio, sino optativo de aquel que se sienta perjudicado o afectado por un acto administrativo ya dictado. Entienden que la evolución propia del Derecho Administrativo avanza en esa dirección. Entre los doctrinarios que adhieren a esta postura podemos citar al Dr. Juan Carlos Cassagne y el profesor Pablo Gutiérrez Colantuono,

Con respecto al antecedente citado previamente de la CSJN, conocido como caso "Gorordo"⁵³, se debe aclarar que en el mismo el Máximo Tribunal reitera términos que ya venía sosteniendo, pero en todos estos casos se trata de administrados que tienen intención de demandar al Estado, por lo tanto en forma previa, se requiere la interposición del reclamo administrativo.

En este orden de ideas, aparece como novedosa la jurisprudencia emanada de la Cámara Contencioso Administrativo Federal en la causa "Bejarano"⁵⁴, en la cual aplica el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por sobre la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

⁵² Comadira Julio R., "Procedimientos Administrativos: Ley de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada", Ed. La Ley, Bs. As. 2003, pág. 413 y sgtes.

⁵³ Citado en Nota 47.

⁵⁴ CNCAF, "Bejarano, Nicanor Nolberto y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ empleo público", la Sala IV, sentencia del 30/10/2001.-

En dicho fallo la Cámara indicó que "a pesar de que no se encuentra previsto como excepción en el nuevo texto legal, resultaría claramente un ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en el caso de autos, toda vez que consta al tribunal -en atención a los numerosos procesos análogos ya resueltos- la reiterada negativa de la demandada a admitir la procedencia de planteos de este tipo (...) En este sentido, no puede dejar de recordarse que el exceso de rigor formal (...) resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia (conforme el CSJN, doctrina de Fallos: 311:700 y 2177; 317:1579, entre otros), máxime atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en diversos tratados de jerarquía constitucional."

Esta posición se ve reforzada después de la reforma constitucional de 1994, por el impacto de algunos artículos del Pacto de San José de Costa Rica, en especial lo reglado por los artículos 8.1 y 25. No resulta acorde a lo establecido por estas normas internacionales, que se someta como condición para el ejercicio de la tutela judicial efectiva al ejercicio previo de una vía procedimental en sede administrativa como condición obligatoria y rigurosa.

El Dr. Cassagne es concluyente a este respecto: "Con el respeto que nos merecen quienes aún propugnan que la regla de agotamiento (morigerada últimamente con la crítica que se formula sobre la fugacidad de los plazos para recurrir en sede administrativa) pensamos que la citada regla se encuentra en pugna con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que vinculan nuestro ordenamiento constitucional con el derecho supranacional... En efecto, la regla del agotamiento está asociada a una serie de dogmas y teorías que terminan por aniquilar la tutela administrativa y judicial efectiva que instituye la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8.1 y 25, preceptos que no sólo forman parte de nuestra Constitución (artículo 75 inciso 22º) sino que poseen una jerarquía superior, aun cuando no puedan afectar las garantías de la primera parte."⁵⁵ (sobre la jerarquía de los tratados internacionales en nuestro Derecho Constitucional, ver nota N° 23 de este trabajo)

A nivel local y de acuerdo al texto constitucional de Río Negro, esta posición encuentra resguardo en la opinión de autores como el profesor Pablo Gutiérrez Colantuono.

⁵⁵ Cassagne, Juan Carlos; "Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa", La Ley, 09/08/2011. p. 2.-

Para estos estudiosos, resulta evidente que el artículo 181 inciso 7° de la Constitución de la Provincia de Río Negro no es la fuente del agotamiento de la instancia administrativa. El mismo estaría estableciendo el principio de jerarquía, al determinar que recae en cabeza del Gobernador en su calidad de jefe de la Administración, la competencia para resolver los recursos que ante ella se plantearan.

Abundando en el argumento, dicha Constitución local establece que el Poder Ejecutivo conocerá y resolverá en las cuestiones que se planteen en sede administrativa, pero no establece que ello deberá suceder en forma obligatoria ni en forma previa a cualquier reclamo judicial. Por ello puede interpretarse que del texto constitucional no derivaría ninguna obligatoriedad de agotamiento de la instancia administrativa.

Para los defensores de esta posición la interposición de un recurso administrativo no debería ser obligatorio, sino optativo de aquel que se sienta perjudicado o afectado por un acto administrativo dictado. Entienden que la evolución propia del Derecho Administrativo avanza en esa dirección: “Creo que en algún momento vamos a llegar a imponer desde algún lugar esta idea del procedimiento administrativo como opcional, pero no porque sea efectivo o no efectivo el procedimiento administrativo, sino porque lo miramos desde una sistemática de derechos, donde el sistema judicialista argentino es un sistema importante y con peso específico dentro de lo que tiene que ver con la preservación, defensa y conservación de los derechos en el sistema constitucional.”⁵⁶

Pero más allá de la supuesta inconstitucionalidad que traería aparejada la obligatoriedad de este requisito, existe otro argumento de índole empírico que vendría a respaldar esta posición. El mismo radica en la escasa o casi nula utilidad que este sistema aporta para la resolución de conflictos.

Quienes desarrollan su actividad en el área del derecho administrativo, no necesitan consultar un riguroso análisis estadístico para asimilar que la Administración, solamente en contadas ocasiones, ha modificado el decisorio de un acto administrativo ya dictado. De allí que, resulta una constante el rechazo casi automático de los recursos administrativos que se interponen en su sede.

⁵⁶ Gutierrez Colantuono, Pablo. Jornadas de Debate sobre el Proyecto de Código Procesal Administrativo de la Provincia de Río Negro, Viedma, 2008. Biblioteca Poder Judicial.

Un triste ejemplo de lo aquí expuesto, se puede encontrar en el accionar de los organismos fiscales, donde las resoluciones o disposiciones que responden reclamos o recursos presentados se han convertido en formularios pre impresos de mero trámite, que son completados con los datos generales del expediente por empleados, para luego ser firmados por los funcionarios competentes sin tan solo leerlos.

Esta práctica jurídica que se ha hecho habitual en las instituciones y que es aceptada jurisprudencialmente, distorsiona el sentido mismo del procedimiento administrativo, recargando inexcusablemente el accionar del administrado en pos de una simple comodidad de la Administración; ello no puede tener ningún tipo de justificación legal.

Analizando los efectos empíricos de estas prácticas jurídicas derivadas de la implementación del procedimiento administrativo del estado rionegrino, el Dr. Cámpora reflexiona: “Desde el punto de vista del ejercicio de la profesión de un abogado particular, el instituto del agotamiento de la instancia administrativa es una herramienta dilatoria creada por el estado para desalentar las demandas judiciales. Existiendo la vista previa a la Comisión Judicial de Transacciones, cualquier paso previo a la demanda directa es una demora innecesaria para el administrado.”⁵⁷ Esta lectura es sin dudas mayoritaria dentro de los colegas que litigan en contra del Estado.

3.4- UNA NUEVA VISIÓN PARA UNA ANTIGUA PRERROGATIVA

Luego del análisis de los principales argumentos que sostienen las dos posturas anteriores, pasaremos a desarrollar una tercera posición.

Si se da por justificada lógica y jurídicamente la existencia de este instituto corresponde direccionar la investigación sobre la utilidad que su instrumentación puede aportar. Desde esa perspectiva se deberá analizar qué excepciones se podrían establecer a este principio para adaptarlo a los preceptos constitucionales y convencionales que, según hemos visto, resultan ser las críticas más sólidas que se han presentado a su obligatoriedad.

⁵⁷ Entrevista personal efectuada al Dr. Raúl Cámpora agregada al Anexo I del presente.

Todo procedimiento administrativo, sea en preceptos de cumplimiento obligatorio o facultativo, estará siempre condicionado a un posterior análisis y control por parte del Poder Judicial, ya que allí descansa la garantía de la tutela judicial efectiva.

Como primer punto de análisis, resulta imprescindible a la hora de hablar sobre el control judicial del accionar administrativo, recordar que dicho instituto se sustenta sobre el principio republicano de la división de poderes, consagrado también en la Constitución Nacional.

La división de los poderes gubernativos significa que la delegación de soberanía que los ciudadanos ejercen se traslada a órganos o titulares distintos entre sí e independientes unos de otros. Este principio fue expuesto por *Montesquieu* en su célebre obra "El Espíritu de las Leyes", en el cual recrea en el modelo político inglés, el sistema de la separación de poderes y la monarquía constitucional. Luego pasó a las formas democráticas constitucionales de todos los países del mundo.

La separación de los poderes responde a un imperativo constitucional en nuestro país, entendiéndose que es la forma más adecuada para defender el derecho del pueblo (soberano) contra los abusos derivados de tiranías, dictaduras o el simple autoritarismo.

"La división de poderes en nuestro derecho constitucional responde a la ideología de seguridad y control que organiza toda una estructura de contención del poder para proteger a los hombres en su libertad y sus derechos. Es importante reconocer que la estructura divisoria debe interpretarse en torno de la finalidad básica que persigue: evitar la concentración que degenera en tiranía (o autoritarismo), y resguardar la libertad de las personas."⁵⁸

Aplicándolo al tema que nos convoca, esta separación permitiría que el poder judicial (o mejor dicho, la función judicial del poder político constituido) controlara el accionar del poder administrador (función ejecutiva), como si lo hiciera pasar a través de un tamiz constitucional. Pero también, este principio tiene otra cara que debemos rescatar, puesto que la división de poderes y en especial el sistema de frenos y contrapesos que promulga, establece límites en el accionar de cada uno de ellos, limitando expresamente la intromisión en la esfera de competencia de los otros.

⁵⁸Bidart Campos, Germán; "Manual de la Constitución Reformada", Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 6.-

De allí que el control judicial también está limitado por la ley, siendo cada vez más frecuente, la aparición de ejemplos de excesos judiciales o fallos que limitan lo constitucionalmente aceptable.

Visto desde este ángulo, el agotamiento de la instancia administrativa podría funcionar como un recaudo legal que garantice esta separación de poderes. Cuando la competencia es de la Administración, ella será la encargada de resolver la cuestión. Solo ante su negativa expresa o tácita, podrá el otro poder controlar su accionar, con los límites que dicho control tiene. Un engranaje más de la gran máquina de frenos y contrapesos estatal.

Otra cuestión importante de destacar es que el agotamiento de la instancia administrativa se encuentre incluido en ordenamientos jurídicos totalmente disímiles, tanto en sus orígenes como en su aplicación cotidiana.

Por el argumento que cada uno entienda más apropiado, vemos que este instituto se puede encontrar tanto en países cuyos ordenamientos derivan del llamado “Derecho Continental”, tal como Italia, España, Alemania, Argentina y la mayoría de los países latinoamericanos, así como en países con sistemas judicialistas fuertes, tal el caso de los Estados Unidos de América.

En el derecho norteamericano, aunque no existe la noción de autotutela -que es lo que justificaría dogmáticamente la existencia del agotamiento- se consagra una vía administrativa previa, que se llama “*exhaustation of administrative remedies*”, agotar los remedios en sede administrativa. La misma limita el derecho de un ciudadano a obviar el trámite administrativo recurriendo directamente al tribunal. Implica que nadie tiene derecho a invocar un remedio judicial contra una actuación administrativa hasta tanto haya agotado en la agencia el remedio administrativo prescrito por ley. Esta doctrina tiene el propósito de impedir una intervención judicial a destiempo, que interfiera con el desarrollo normal del proceso administrativo.⁵⁹

La idea de este instituto se desdobra en dos cuestiones. Primero, que en caso de llevar la pretensión a la instancia judicial, el Juez no tenga luego que mutarla, porque en

⁵⁹Caso “Abbott Laboratories v. Gardner” en Bianchi, Alberto B. “La potestad reglamentaria de los entes reguladores”; JA 2006-III-1080 - 30/8/2006, p. 1080.-

realidad la Administración no dijo nada. Desde otro enfoque, que después la pretensión devenga abstracta, porque no haya tal conflicto.

Esto mismo es lo que la doctrina italiana llama el efecto filtro; no es que se imposibilite el acceso a la justicia. Lo que en realidad se hace es matizar de qué forma se va a acceder a la justicia. En el Derecho Continental tendrá un origen legal, mientras que en el sistema norteamericano tendrá un origen pretoriano. De allí que el punto de convergencia será entonces el matiz con que se aplica este requisito, el cual, como ha sido ya aclarado, no se entiende absoluto, sino aplicable en forma obligatoria, únicamente a ciertos casos.

De esta afirmación nace una pregunta cuya respuesta determinará en forma cierta y concreta la conclusión de lo analizado en el presente Capítulo: ¿Cuándo resultará necesario agotar la instancia administrativa para poder acceder a la Justicia?

En las conclusiones del presente trabajo y a modo de recomendación, se agrega una propuesta de modificación al sistema de agotamiento de instancia administrativa para nuestra Provincia.

3.5- SILENCIO ADMINISTRATIVO Y AGOTAMIENTO DE INSTANCIA

Se denomina *silencio administrativo* a la “falta de pronunciamiento de la Administración dentro del plazo establecido para ello, presumiéndose en consecuencia de parte del ente administrativo una voluntad sea positiva o negativa conforme lo establezca la legislación para cada caso. En ese sentido, su versión negativa implica una *denegatoria ficta* que habilita al administrado el acceso a la instancia superior por la vía del recurso impugnativo correspondiente.”⁶⁰

Esta definición, extraída de un diccionario jurídico, resulta ser bastante clara a la hora de explicar el instituto al cual dedicaremos las próximas páginas.

Todo acto dictado por la Administración se presume legítimo y es ejecutorio desde el mismo momento en que ha sido aprobado. Ante ello, el particular se verá en la obligación de cumplirlo y, ante el supuesto de verse perjudicado por el mismo, instrumentar su discrepancia a través del procedimiento administrativo.

⁶⁰ Diccionario Jurídico de la Asociación Iberoamericana de Tribunales de Justicia Fiscal o Administrativa.

Al referirse al deber de administrar, Linares sostiene que “El mismo carácter lógico jurídico que tiene la noción de juez, en virtud del cual no puede menos que juzgar porque es juez, y un juez que no juzgara implicaría en sí un juicio contradictorio, lo tiene el administrador. El solo carácter de administrador supone por necesidad ineludible que “administre” aplicando la ley, bien o mal, pues la legitimidad en el obrar o la sola abstención de obrar del administrador son ya modos de conducta que serán legítimos o ilegítimos, según los casos, pero siempre jurídicos.”⁶¹

El problema se nos presenta cuando la Administración no cumple con su obligación legal de “administrar” y ante un reclamo o recurso presentado por un ciudadano, no dicta ninguna respuesta formal; dicho de otro modo, cuando permanece en silencio.

Como profundizaremos más adelante, el deber de responder los reclamos que se interponen ante la Administración, nace del principio republicano de peticionar a las autoridades. De allí que existiría una obligación tanto legal como moral que recae en el administrador, de cumplir con este mandato constitucional y dar respuesta a la petición efectuada por el soberano. Pero más allá de esta cuestión propia de un estudio de filosofía jurídica, en la materia que nos ocupa, este no accionar de la Administración puede llegar a producir distintos efectos, los cuales ameritan ser resaltados en el presente trabajo.

Para ilustrar mejor el problema al que estamos haciendo referencia, resulta conveniente plantear un caso concreto. Ante un acto de la Administración el cual es atacado mediante el pertinente recurso de revocatoria por parte del particular interesado, la Administración no responde. ¿Cuáles son los efectos de este silencio?

Por un lado, como ya vimos *ut supra*, la ejecutoriedad propia del acto administrativo hace que el mismo se cumpla, pese al planteo efectuado por el afectado, salvo en contadas excepciones. De allí que, la pasividad de la Administración, perjudica directamente a este ciudadano, quien por un lado se ve obligado a cumplir con el acto, mientras ve que su derecho constitucional a peticionar, está siendo violentado flagrantemente.

Este remedio a la pasividad administrativa se encuentra reglado en la Provincia por el artículo 18 de la Ley N° 2938 de procedimientos administrativos, el cual reza: “Salvo disposición expresa en contrario, el silencio o ambigüedad de la

⁶¹Linares, Juan F., “El caso administrativo no previsto”, Bs. As., Astrea, 1976, p. 38/39.-

Administración, frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretará como negativa. El Plazo para el pronunciamiento no podrá excederse de treinta (30) días, salvo el caso de plazos determinados por normas especiales. Una vez vencido el plazo correspondiente, el interesado deberá requerir pronto despacho y, en caso que transcurrieran otros quince (15) días sin producirse resolución, se considerará que hay silencio de la Administración. Lo establecido precedentemente, se aplicará en la sustanciación de los recursos administrativos. El instituto de la negativa por silencio, como parte integrante de la garantía de debido proceso, juega siempre a favor del administrado.”

Como se puede apreciar, la ley es clara en cómo debe proceder el ciudadano ante el silencio de la Administración luego de efectuada una petición concreta que requiera de ella un pronunciamiento. Lo que la ley no nos indica de manera suficientemente clara, es cuantas veces deberemos aplicar esta solución normativa. ¿Cuántas oportunidades le deberemos dar a la Administración para que se expida?

Retomando el ejemplo antes presentado, el conflicto sería el siguiente. El acto administrativo que nos produce un daño es atacado mediante el correspondiente recurso de revocatoria (Artículo 91 de la Ley N° 2938). La Administración no responde por un plazo superior a 30 días, se presenta el escrito de pronto despacho. Si transcurren otros 15 días sin respuesta, se entiende configurado el silencio. Hasta aquí no hay ninguna duda, pero lo que la ley no nos indica y sobre lo que la doctrina no se ha puesto aún de acuerdo es qué ocurre a continuación. ¿Debo continuar con la vía recursiva hasta agotar la instancia o ya puedo acudir a los tribunales judiciales?

La cuestión planteada deviene como fundamental a la hora de tratar el tema en estudio. Si la ley exige que se debe continuar con la vía recursiva hasta agotar la instancia, se tendrá que tener cuidado de no dejar vencer los plazos brevísimos que el procedimiento administrativo otorga para la interposición del recurso jerárquico.

Téngase presente el antecedente consagrado por la Corte Suprema en el fallo "Gorordo" ya enunciado, (el cual se utiliza como referencia en varios fallos del Superior Tribunal de Río Negro), donde se analiza la revisión judicial de la decisión administrativa que desestima -en cuanto al fondo- un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad. En el mismo sienta el criterio de que "... no es susceptible de ser impugnada en sede judicial pues al dejar 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 (artículo 23, inciso a) de la Ley N° 19.549)".

Sustenta esta decisión en lo dispuesto en el inciso e) apartado 6° del artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional y el carácter perentorio que dicha norma le otorga a los plazos para recurrir (artículo 1°, inciso e), apartado 1). Asimismo expresa que "...la no revisabilidad judicial del acto que rechaza en cuanto al fondo una denuncia de ilegitimidad se deriva de su condición de recurso extraordinario previsto con el fin 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; que este criterio no causa lesión al derecho de defensa del administrado (artículo 18 de la Constitución Nacional) pues éste no obstante haber tenido la oportunidad omitió articular el recurso pertinente dentro del término perentorio fijado por la norma y la garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Además 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, lo que 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".

En los siguientes capítulos analizaremos en profundidad si se deben aplicar los plazos de interposición de recursos cuando existe silencio administrativo. Por más que se presente por demás extrema y anacrónica una posición favorable a dicha posibilidad, cabe recordar que algunos de los jueces más importantes de nuestra Provincia opinan de manera diferente.

Aun sin llegar a estos extremos, la pregunta antes formulada sigue sin respuesta. Ante el silencio, ¿debemos continuar la vía recursiva? La ley 2938 en su redacción original parecía inclinarse por la afirmativa. Así el viejo art. 93 disponía como requisito la interposición del recurso de revocatoria, y que el mismo haya sido denegado o se aplicara el supuesto del silencio administrativo, no haciendo diferenciación, para ello, en cuanto al plazo a respetar.⁶²

⁶² Ley 2938, texto anterior a la reforma de la ley 5106. Artículo 93.- El recurso jerárquico procederá contra las declaraciones definitivas o que resuelvan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto. Para su interposición, a más de los requisitos formales previstos en el artículo 90, es requisito previo haber

La Ley 5106 efectúa una modificación al capítulo VII de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2938. Entre otras cuestiones de importancia (algunas de las cuales serán analizadas detenidamente en el Capítulo VI del presente) esta nueva normativa modifica el procedimiento de interposición del Recurso Jerárquico y del Recurso de Alzada, quedando su redacción de la siguiente manera:

*“Artículo 92.- El recurso jerárquico procederá contra los actos administrativos definitivos o que impidan la prosecución del procedimiento. Deberá interponerse ante la autoridad que dictó el acto impugnado **dentro de los treinta (30) días de notificado**, quien lo elevará al titular del Poder correspondiente inmediatamente y de oficio junto con un informe emanado de la máxima autoridad del área. El recurso deberá resolverse, previo dictamen del Fiscal de Estado, dentro de los veinte (20) días contados desde su recepción, pudiendo prorrogar fundadamente este plazo por igual término cuando se requiera la ampliación o emisión de informes técnicos. Con la resolución de este recurso o su denegación por silencio queda agotada la instancia administrativa.*

Artículo 93.- En el ámbito de los entes autárquicos, serán de aplicación las normas de la presente ley. El Poder Ejecutivo será competente para resolver el recurso de alzada contra los actos administrativos definitivos de los entes autárquicos, el que será necesario interponer ante la autoridad que dictó el acto impugnado dentro de los treinta (30) días de notificado el interesado, a efectos de agotar la instancia administrativa. El recurso de alzada, podrá fundarse en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público. El Poder Ejecutivo resolverá, previo dictamen del Fiscal de Estado, dentro de los veinte (20) días contados a partir de encontrarse el expediente en estado.”⁶³

Si bien de una primera lectura no se desprendería en forma clara y concreta la imposibilidad de hacer correr el plazo de caducidad para la interposición del recurso cuando se aplica el instituto del silencio, si se tiene en consideración la modificación realizada en este artículo, se vislumbra que la única interpretación posible al mismo es la gramatical.

interpuesto el de revocatoria o reconsideración y que éste haya sido denegado o rechazado en forma expresa o mediante la vía del artículo 18.

⁶³ Nuevo texto de la Ley 2938 con las modificaciones efectuadas por ley 5106.

Por ende, el plazo (ahora de 30 días) comenzará a correr a partir de la notificación efectuada al interesado, mientras no se efectúe esta notificación no correrá ningún plazo, salvo el de prescripción.

Lo que sí permanece inalterable es la obligatoriedad de interponer estos recursos para agotar la instancia administrativa. Vemos que en los dos recursos, específicamente se aclara que es necesaria su tramitación para poder acceder a la Justicia. Asimismo el art. 6 del Código Procesal Administrativo (ley 5106) hace referencia que para agotar la instancia administrativa se deberá obtener "...un acto administrativo definitivo que cause estado."⁶⁴

Resulta a mi entender beneficiosa la modificación introducida a la ley 2938 porque, si bien, el instituto del silencio fue una creación legal orientada a proteger los intereses de los particulares, en los hechos, y como ya hemos visto, ocurría lo contrario.

Como dijera el jurista Agustín Gordillo haciendo referencia al silencio administrativo: "En todo caso es el símbolo de una Administración que no funciona, o más exactamente *disfuncional*, pues deliberadamente pervierte los roles que los particulares y la justicia deben jugar en la sociedad. Obliga a actuación privada y judicial donde debió haberla administrativa: Esa ineficacia recae sobre los particulares y sobre la justicia, recargando perniciosamente su trabajo, por la falta de trabajo y decisión administrativa, positiva o negativa, en tiempo oportuno."⁶⁵

La falta de respuesta de la Administración indica desidia. Y la desidia, en el Derecho, se paga. Si el demandado que fuera notificado fehacientemente, en cualquier juicio no contesta la demanda en tiempo y forma, es declarado rebelde. A partir de ese momento, su participación procesal, de intentarla, resultará por demás dificultosa. Y si bien la Jurisprudencia mayoritaria entiende que no se deberán de tener por válidos automáticamente los argumentos escritos en la demanda, recaerá sobre el rebelde la carga de la prueba en contrario.⁶⁶

⁶⁴ Código Procesal Administrativo, Ley 5106 - Artículo 6º.- Agotamiento de la vía administrativa. Previo a promover la pretensión procesal, será preciso haber recorrido las vías previstas en el Título VII de la ley A nº 2938, o las que de modo especial se fijen por otras leyes, o la normativa municipal respectiva, según el caso, a fin de obtener un acto administrativo definitivo que cause estado.

⁶⁵Gordillo, Agustín; "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas"; Tomo 3, Buenos Aires, FDA, 2009, punto III.3.-

⁶⁶ Como ejemplo se puede citar la jurisprudencia asentada en causa "Bassahon, Rubén Darío contra Martinelli, Carlos Eduardo y otros. Daños y perjuicios" sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la

De allí que la única interpretación jurídicamente aceptable ante la inacción de la Administración, es la de dar por agotada la instancia y dejar expedita la vía judicial. En este aspecto, entendemos, que la reforma introducida por la ley 5106 se ha quedado corta a la hora de proteger los derechos de los ciudadanos en el estado actual de la evolución jurídica.

El Mg. Luis Emilio Pravato, coautor de la ley de Procedimientos Administrativos Provincial (ley 2938), es categórico a la hora de analizar este tema: “En otras palabras, sostenemos que a tenor de una adecuada hermenéutica del orden jurídico rionegrino, condicionado por el bloque federal de constitucionalidad, que a su vez, se halla integrado al sistema internacional de los derechos humanos, el peticionante en el ejemplo dado, no está obligado a transitar por la vía de los recursos administrativos a efectos de agotar la instancia, pues no se encuentra frente a declaración alguna de la Administración, susceptible de ser recurrida en los términos de los artículos 88, 91, 93, 95 y concordantes de la Ley N° 2.938.⁶⁷ En otros términos, debe interpretarse que a partir del cumplimiento de los plazos previstos en el artículo 18 de esa misma Ley, sin que la Administración se haya expedido expresamente respecto a la cuestión planteada por el particular interesado - silencio de la Administración-, queda expedita la vía judicial, lo que no implica, que el particular no pueda optar por exigir un pronunciamiento expreso de la Administración en orden a la obligación que esta última tiene de expedirse.”⁶⁸

En el año 2008, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro dicta sentencia en autos “Amx Argentina S.A.”⁶⁹, en donde se resuelve que, ante el silencio de la Administración, el administrado igualmente deberá continuar con los recursos hasta agotar la instancia administrativa.

El voto mayoritario (Doctores Lutz y Balladini) toman al silencio como un acto de la Administración, el cual deberá ser atacado por los recursos que la ley 2938 establece. Por su parte, el voto minoritario del Dr. Sodero Nievas, efectúa una

provincia de Buenos Aires, dictada el 27 de julio de 2005, donde quedan en claro los alcances del incumplimiento y la declaración de rebeldía.

⁶⁷ Téngase presente que el Dr. Pravato hace referencia al viejo texto de la ley 2938. La nueva redacción tal cual la modificación efectuada por ley 5106, se encuentra reproducida en las páginas 67, 111 y 112.

⁶⁸ Pravato, Luis Emilio; “El Instituto de la Negativa por Silencio en la Ley de Procedimientos Administrativos de Río Negro (Art. 18 Ley Nro. 2.938). Necesidad de una nueva interpretación” 2010, p. 1, alumnosdag.blogspot.com.ar.-

⁶⁹ STJ RN “Amx Argentina S.A. c. Departamento Provincial de Aguas de La Provincia de Río Negro y Consorcio General Roca de Riego y Drenaje” sentencia del 23/10/2008.-

interpretación diametralmente opuesta, fundada en los principios convencionales incorporados a nuestra Constitución Nacional. En el Capítulo V, punto 2 del presente se efectúa un análisis crítico sobre este fallo.

“El arma más fuerte que tiene la Administración contra el administrado en el procedimiento administrativo es la demora y la inercia: frente a las urgencias empresariales o privadas, el lento pero inexorable transcurso del tiempo sin que se produzcan los necesarios pasos o etapas del procedimiento hacia una resolución final, produce un efecto profundamente lesivo al derecho del administrado, para el cual no hay solución alguna verdaderamente efectiva.”⁷⁰

⁷⁰ Gordillo, Agustín; Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas; Tomos 4, Buenos Aires, FDA, 2010, p. 589.-

CAPITULO IV

EL PLAZO DE CADUCIDAD

4.1 ¿CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN?

Los requisitos de admisibilidad se establecen en general, para todo tipo de procedimiento, no obstante las particularidades que puedan corresponder a cada uno de ellos. La justificación de la existencia de estos requisitos legales que deben cumplimentarse para aceptar la interposición de acciones o demandas, suele fundamentarse en la necesidad de tener un ordenamiento adecuado del proceso por el que tramitan, así como en razones de seguridad jurídica. Su satisfacción será entonces imprescindible para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida y, por tanto, para que una vez concluida la etapa probatoria, el juez pueda dictar la sentencia que resuelva el reclamo.

Pero en los procesos en los cuales el Estado es parte, las distintas normas procesales administrativas nacionales y provinciales exigen el cumplimiento de otras obligaciones o recaudos, que son propios del derecho procesal administrativo. Uno de estos recaudos o requisito es el denominado "*plazo de caducidad*". Se trata del plazo dentro del cual el requirente, una vez agotada la instancia administrativa, deberá presentar la demanda judicial contra el Estado.

De esta definición se derivan una serie de interrogantes que obligatoriamente deben ser tenidos en cuenta a la hora de realizar un estudio profundizado de la temática en la que abunda.

Así, el interesado se preguntará: ¿Cuándo empieza a correr este plazo de caducidad?, ¿Cuál es la duración del mismo? Y con mayor profundidad jurídica: Si estos plazos, de acuerdo a la experiencia generalizada del ejercicio profesional y los usos y prácticas jurídicas más habituales, resultan relativamente cortos o razonablemente

apremiantes para el libre ejercicio de los derechos, ¿Pueden ser considerados inconstitucionales? Y ¿Qué ocurre si se vence el plazo?

Ha sido una tarea ardua de la doctrina, encontrar respuestas suficientemente fundadas a estas preguntas, que satisfagan los cánones constitucionales y convencionales vigentes. Incluso, y eventualmente, cuando la potencia argumentativa no permitía adquirir la capacidad de persuasión requerida, se ha procedido a cuestionar los postulados que le subyacen, valorando críticamente las justificaciones técnico jurídicas esgrimidas para validar un -exiguo- plazo de caducidad como requisito para la habilitación de la instancia judicial.

Como primera aproximación a estas reflexiones cabe decir que la caducidad es concebida como la pérdida o extinción de una acción o un derecho por inacción del titular. Esta inacción está a su vez ligada, como presupuesto de incumplimiento, a que acontezca dentro de un determinado "término o plazo perentorio". Como principal consecuencia, traería aparejada la pérdida de un derecho, y su objeto sería evitar indefiniciones o conjeturas en cuanto a las intenciones del titular de esos derechos.

Cabe señalar aquí los paralelismos que pueden ser trazados entre la caducidad y el instituto de la prescripción, especialmente en su justificación, contenidos y efectos.

Téngase presente no obstante, que la prescripción se aplica hasta para la extinción de acciones en contra de quien cometiera un delito. Será más largo o más breve el período de tiempo necesario, pero toda acción penal prescribirá en algún momento (con excepción de los calificados como de lesa humanidad.⁷¹ En este sentido, su consecuencia más importante es que opera como medio al momento de garantizar, en última instancia, el derecho fundamental a que todo ciudadano tenga la definición del proceso penal en un plazo razonable.

⁷¹ Código Penal Argentino. **ARTICULO 62.-** La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

Así, los contenidos y justificación de la duración razonable de un proceso penal puede ser encontrada en el art. 75, inciso 22 de la Carta Magna argentina: “En relación al tópico que nos ocupa, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 25 inscribe el derecho a “ser juzgado sin dilación injustificada”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza en su artículo 9.3 sobre el derecho a “ser juzgado dentro de un plazo razonable” y en el artículo 14.3.c) plasma la garantía a “ser juzgado sin dilaciones indebidas”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) asienta en el artículo 7.5 el derecho a “ser juzgado dentro de un plazo razonable”.⁷²

No obstante, debe tenerse en cuenta, que el reconocimiento de ese límite temporal a la potestad persecutoria estatal ya se encontraba presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde finales de los años sesenta.⁷³ Pero a partir de la reforma constitucional de 1994, esta garantía a ser juzgado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, toma jerarquía constitucional.

“Sobre la base de lo expuesto, puede afirmarse que el instituto de la prescripción de la acción penal implica la consagración en el ámbito legal del deber del estado de abstenerse de continuar, o bien, de iniciar la persecución penal de un individuo, luego de transcurrido un determinado período de tiempo. Tal conclusión tiene base legal en el art. 62 CP, pues el transcurso del tiempo es el requisito objetivo esencial requerido por nuestro derecho para considerar extinguida la acción penal.”⁷⁴

Todo lo señalado, permite visualizar la diferencia epistémica de la prescripción respecto del instituto de la caducidad. La caducidad es una consecuencia del transcurso del tiempo, asimilable en sus contenidos con la prescripción, pero netamente diferenciada de ella en su justificación, como en los efectos que producirá.

Aun así, debe decirse que la distinción entre prescripción y caducidad es uno de los problemas más oscuros y difíciles del derecho.

⁷² Grümberg, Adrián Federico; “La prescripción de la acción penal Una “secuela” de 56 años”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 2 - eDial.com DC54D- 2005.

⁷³ CSJN fallo “Mattei, Ángel s/ Contrabando de importación en Abasto” 1968, publicado en Fallos 272:188.-

⁷⁴ Suarez, Santiago, “Prescripción de la acción y plazo razonable del proceso penal”, 11 de Agosto de 2011 www.saij.jus.gov.ar - Id SAIJ: DACF110058.

La doctrina más antigua no distinguía entre caducidad y prescripción. Su estudio se basaba en la forma en que estaba reglado este instituto en el Derecho Civil, específicamente, en la obra del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield. El artículo 3947 de su Código Civil establecía que “la prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo”. Es decir, que nos encontramos frente a un medio legal de extinción de derechos por falta de acción del titular durante el tiempo establecido por la ley.

El profesor Raymundo Salvat, citando al mencionado artículo 3947, expresa que “El transcurso del tiempo, por sí solo no es la causa de la adquisición o de la extinción de los derechos... Para que la adquisición o la extinción existan es necesario la agregación de otros elementos... es necesario la posesión de la cosa, si se trata de adquirir un derecho, o la inacción del acreedor si se trata de libertarse de una obligación. La prescripción se llama en el primer caso adquisitiva y en el segundo liberatoria o extintiva.”⁷⁵

Debe tenerse presente que el viejo Código Civil, como hemos visto, se refería a la adquisición y extinción de derechos. Pero lo que en realidad nos importa en este trabajo, es determinar si la prescripción extingue la acción o el derecho, para luego ver qué ocurre, en similares circunstancias, con la caducidad. Así, Salvat sostiene que en el caso de la prescripción liberatoria, vencido el plazo indicado por la ley lo que se extingue es la acción pero no el derecho, el cual al no poder ser ejercido por el interesado deviene en una obligación natural.

De lo anterior se desprende que por más que esta obligación ya no podrá ser exigida, ello no impide que el deudor pueda satisfacer la pretensión del acreedor, recordando que si ello ocurre por cualquier motivo, no prosperará una acción de repetición.

El Dr. Spota, por el contrario, considerará que la prescripción no solo extingue la acción sino también el derecho. “Caducidad importa la extinción de una potestad jurídica más que la pérdida de un derecho subjetivo: se extingue tal potestad y no, como en la prescripción, el derecho subjetivo mismo.”⁷⁶

⁷⁵Salvat, Raymundo M.; Tratado de Derecho Civil Argentino, T. III, Tipográfica Editora Argentina, 1950, p. 682.-

⁷⁶Spota, Alberto; Tratado de Derecho Civil, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 648.-

En cuanto a la caducidad, Salvat da la siguiente definición: "... hay plazo de caducidad cuándo existe un plazo acordado por la ley, por la convención o por la autoridad judicial, para el ejercicio de una acción o un derecho."⁷⁷

De allí que, como conclusión a lo anteriormente expuesto se podría afirmar que el objeto de la caducidad es que los interesados ejerzan sus derechos dentro de un término determinado por la ley, por lo cual, a diferencia de la prescripción, extinguiría directamente el derecho, y no las acciones que de él se derivan.

No se está entonces frente a una sanción a quien se mantiene inactivo, sino que el ejercicio de la temporalidad constituye propiamente el presupuesto de la existencia del derecho mismo. Si el interesado no interpuso la demanda dentro del plazo que la ley otorga para hacerlo, su derecho nunca existió. El nacimiento de este derecho se subordina a una previa actividad del interesado considerada como requisito necesario e imprescindible para su perfeccionamiento.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha decidido no definir qué es la prescripción, pero sí determina en forma clara cual es el alcance que le otorga a la caducidad, la cual en el art. 2566 es definida como aquella que extingue el derecho no ejercido.⁷⁸

En definitiva: la caducidad implica el no nacimiento o la falta de perfeccionamiento de un derecho subjetivo por incumplimiento del interesado, dentro del plazo establecido por la ley, de una carga impuesta para que dicho derecho pueda nacer o perfeccionarse.

Así también lo ha entendido cierta jurisprudencia: "...que esta conceptualización se basa en motivos de seguridad jurídica, que sirven de fundamento a la caducidad de los derechos, por lo que se trata de un término más severo en sus efectos que el que caracteriza a la prescripción. Busca la certeza en torno a ciertas situaciones de hecho, que de prolongarse demasiado en el tiempo llevarían a una peligrosa indefinición jurídica, contrariando los designios del legislador, que busca, utilizando términos breves para accionar, la definitiva certeza de la relación"⁷⁹

⁷⁷ Salvat, Raymundo, op cit. P 689

⁷⁸ CCyC. "Artículo 2566.- Efectos. La caducidad extingue el derecho no ejercido."

⁷⁹ CN Com., sala C, "Tisinovich, Antonio c/ Cooperativa de Trabajo Transportadora Argentina Ganadera Limitada y otro s/ ordinario", 19.12.1990.-

En el ámbito local, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro tiene dicho que: “La caducidad es esencial en el procedimiento administrativo para darle firmeza a dichos actos para que no perdure indefinidamente el riesgo de una revisión, y dicha firmeza se produce cuando el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo lesionado no interpone la acción contencioso-administrativa en el término que la ley establece. En consecuencia, ...podemos decir que solamente el particular podrá ocurrir a la vía judicial dentro de los términos que señala el ordenamiento jurídico. Vencidos esos términos, ha caducado su derecho para accionar y el acto queda firme y contra el acto firme no hay acción en justicia⁸⁰

Afianzando esta postura el Dr. Apcarian sostiene: “La regulación de presupuestos o condiciones para accionar –en el caso contra el Estado- por sí sola no colisiona a mi entender con las garantías constitucionales. Creo que existen garantías también constitucionales que hacen a la seguridad jurídica, la estabilidad de los actos públicos y la gobernabilidad que justifican la existencia de tales plazos. La razonabilidad de la extensión de los mismos lógicamente es una cuestión propia del Legislativo que luego en cada caso particular se deberá evaluar si lo exiguo o no atenta contra la tutela judicial efectiva. Recordemos, por otro lado, que el mismo sistema interamericano de derechos humanos (46.1 apartado b) del Pacto de San José de Costa Rica) prevé plazos de caducidad para la habilitación al sistema.”⁸¹

Aceptando entonces la constitucionalidad de este tipo de requisito y analizado tanto el concepto como los contenidos y alcances del “plazo de caducidad”, corresponde avanzar en el estudio pretendido y examinar dos nuevos problemas que se nos plantean: En primer lugar, si existe la necesidad real de establecer algún tipo de plazo de caducidad y, en segundo lugar y anticipando una respuesta afirmativa a dicha cuestión, cuál sería el período de tiempo pertinente a estos efectos. En los siguientes dos apartados nos abocaremos a analizar dichos extremos.

⁸⁰Voto del Dr. Balladini en autos “P., I. D. C/ Municipalidad de Catriel S/ Contencioso administrativo S/ Apelación”, 2001. El Dr. Balladini funda su voto en la doctrina sostenida por el profesor Manuel María DIEZ, Derecho Administrativo, T. VI, p. 51. Reitera su opinión en sentencias dictadas en autos “Subrini Hugo C/ Municipalidad de Cipolletti S/ Ordinario S/ Apelación”, 04/09/2007 y “San Jorge SRL C/ Municipalidad de Villa Regina S/ Contencioso Administrativo”, 25/07/2011.-

⁸¹ Entrevista personal efectuada al Dr. Ricardo Apcarian, agregada al Anexo I de la presente.-

4.2 JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD

La doctrina no es pacífica en cuanto a la necesidad de incluir este tipo de plazos como requisito de admisibilidad. Por un lado, se sostiene que no es obligatorio establecer un plazo de caducidad. Fundan su postura en que el instituto de la prescripción es el que debe aplicarse para determinar el agotamiento del derecho por el transcurso del tiempo, máxime si lo que se está resolviendo son cuestiones de índole patrimonial, existiendo daños y perjuicios. “Al estar una misma situación jurídica sometida a dos plazos distintos, uno más breve legislado en las normas procesales administrativas y otro, más amplio, de prescripción, el único término que cobra relevancia, por ser el más exiguo y por los efectos que derivan de su incumplimiento, es el previsto en las legislaciones rituales administrativas. En definitiva, los fugaces plazos para demandar se sobreponen a los más extensos de prescripción y los tornan ilusorios. Se trata de plazos procesales que operan como verdaderos plazos de prescripción. La situación descrita pone de resalto la necesidad de efectuar un profundo replanteo de la cuestión, pues no es razonable que una misma situación jurídica esté sujeta a dos plazos disímiles y que los actos afectados de nulidades absolutas sean convalidados por el mero transcurso de un exiguo lapso.”⁸²

En la misma dirección, se sostiene que “La realidad enseña que la necesidad de mantener estos plazos exiguos en materias en que una vez perdido el derecho de fondo, el mismo ya no renace ni siquiera como una obligación natural -en términos del Código Civil- en cabeza de la Administración, que no la hacen ni siquiera moralmente responsable, deja en estado de indefensión absoluta al ciudadano que no necesitó patrocinio letrado en sede administrativa y por lo tanto jamás se enteró a qué se arriesgaba al dejar pasar el tiempo antes de buscarse un abogado.”⁸³

Respaldando a esta posición, podemos recordar que la regulación de un plazo de caducidad, a nivel federal, es una novedad introducida por el artículo 25 de la Ley N°

⁸²Cassagne, Juan Carlos; “De nuevo sobre los plazos de caducidad para demandar judicialmente la nulidad de actos y reglamentos administrativos”, 2009, Lexis Nexis N° 0003/014623, p. 6.-

⁸³Rizzi, Guillermo; “Estojacovich” – Caducidad – Derechos ¿Y Garantías?”, 2011, p. 1
<http://derechoadministrativo.debates.blogspot.com.ar>

19.549. Anteriormente al dictado de esta normativa, las demandas contra la Nación y sus entes descentralizados carecían de este requisito.

La jurisprudencia, por su parte, cada vez con mayor frecuencia ve con preocupación cuando normas de índole procesal administrativo, limitan el acceso a la justicia con plazos excesivamente cortos.

La justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la sentencia por mayoría, emitida por el Tribunal Superior de Justicia, en el año 2007, causa “Gil Domínguez”⁸⁴, declaró la inconstitucionalidad del plazo de caducidad previsto en el artículo 4 de la Ley N° 2.145 (Ley de Amparo).

“Dicho decisorio, que se presenta como de avanzada, pone de manifiesto una vez más, cuanto de retrógrados resultan muchos institutos de nuestro derecho público local. De igual modo, desnuda todo lo atrasada que está la jurisprudencia de nuestros tribunales provinciales, en particular, de la Suprema Corte y el fuero administrativo, en todo lo referente a la acción de amparo.”⁸⁵

En igual sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala III, sostuvo que el plazo de caducidad aplica en el caso de resoluciones administrativas expresas dictadas a raíz de recursos administrativos, no así cuando aquéllas son dictadas para resolver un reclamo administrativo previo, en cuyo caso aplica el plazo de prescripción.

En la causa “Biosystems S. A.”⁸⁶, la Cámara revocó el pronunciamiento que declaró no habilitada la instancia judicial por haberse entablado la demanda una vez vencido el plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549. Para ello declaró la inconstitucionalidad del art. 31 de la norma porque sostuvo que condicionaba el acceso a la justicia del reclamo por el reconocimiento de un derecho frente a la inactividad de la Administración. El Estado Nacional interpuso recurso extraordinario y la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que si bien en el caso correspondía habilitar la instancia judicial, por no haber acto administrativo que denegara el reclamo de la actora, no corresponde declarar la

⁸⁴ TSJ CABA “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” sentencia del 27/12/2007.-

⁸⁵ Oroz, Miguel H. E.; “La declaración de inconstitucionalidad del plazo de caducidad en la acción de amparo. Un ejemplo que debemos imitar.” P. 2. Publicado en www.abda.org.ar/opinion.html, Sección Columna de Opinión, del 04/03/08 (Asoc. Bonaerense de Derecho Administrativo)

⁸⁶CSJN “Biosystems S.A. c/ EN – M° Salud – Hospital Posadas s/ contrato administrativo” – sentencia del 11/02/2014.-

inconstitucionalidad del art. 31 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, a efectos de la posibilidad de plantear reclamo judicial (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo)⁸⁷

No es otra la postura del Dr. Raúl Cámpora, ex presidente del Colegio de Abogados de Viedma. Consultado sobre este tema en particular para este trabajo, el jurista toma posición de manera más que elocuente: “Un sistema férreo de agotamiento de instancia administrativa, con plazos de caducidad breves, no respeta ninguna garantía que implique la defensa efectiva de los derechos del administrado. Conculca el derecho de peticionar ante las autoridades, el derecho de propiedad, el derecho de defensa y el derecho de acceso a la justicia.”⁸⁸

No obstante todo lo expuesto, la postura esbozada puede ser etiquetada de “minoritaria” dentro del panorama doctrinario y jurisprudencial.

En el derecho comparado, lo más habitual es la aceptación de este tipo de plazos: “En Francia, cuna del contencioso administrativo, no se exige el agotamiento de la vía para acceder a la justicia, pero se estipula un plazo de caducidad general de dos meses (artículo 1º del Decreto 65-29), en Italia tampoco existe la regla del agotamiento de la instancia, pero también se exige que la demanda se presente dentro de un plazo perentorio de sesenta días (Ley N° 1034) y en España se exigen ambos requisitos mediante la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, estableciendo un plazo de dos meses en su artículo 58.1.”⁸⁹

Situación similar se percibe a la hora de estudiar los distintos códigos de procedimientos administrativos que regulan la materia, tanto a nivel nacional como provincial. Si bien más adelante se efectuará un estudio comparativo de los distintos sistemas provinciales, adelantamos que el plazo que rige la caducidad en Río Negro se encuentra dentro de los plazos más breves legislados en el territorio nacional.

⁸⁷ La misma Cámara reitera su postura en "Compañía Naviera Horamar S.A. c/. AFIP - DGI - VIII-X y XII" resuelta el 4 de agosto de 2011

⁸⁸ Entrevista personal efectuada al Dr. Raúl Cámpora, agregada al Anexo I de la presente.

⁸⁹ Bianchi, Alberto B.; “Entre el agotamiento de instancia y el plazo de caducidad”, en libro: “Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral” ediciones RAP, 2005. P. 866 (p 861 a 870)

La CSJN, por su parte, dejó expresamente zanjada la cuestión en la causa “Serra”⁹⁰, en donde afirmó que la existencia de un plazo de caducidad tiene como fundamento jurídico darle seguridad y estabilidad a los actos administrativos: “Que ese especial tratamiento que el ordenamiento confiere a la Administración Pública, consecuencia, a su vez, del denominado “régimen exorbitante del derecho público” (Fallos 308:731) que impera en la relación iusadministrativa, da sustento jurídico a la institución de los plazos de caducidad, cuya brevedad —acorde, claro está, con la razonabilidad— se justifica por la necesidad de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos, buscando siempre que esos dos extremos precedentemente señalados —prerrogativa estatal y garantías del particular— encuentren su armónico equilibrio constitucional.”

En consecuencia, la conveniencia de la inexistencia de plazos de caducidad no presentaría, por lo menos para la mayoría de las legislaciones, doctrina y jurisprudencia nacional, un beneficio procesal a favor del interesado que pueda competir y desplazar la retórica argumentativa utilizada para justificar la necesidad de su existencia.

4.3 EXTENSIÓN DEL PLAZO

Resultando jurídicamente aceptable la inclusión de un plazo de caducidad en la normativa que regula el trámite procesal administrativo, corresponde determinar cuál será la duración apropiada para el mismo.

La discusión puede ser enmarcada en dos aspectos no antagónicos. Por un lado, la determinación de criterios que nos permita ponderar la extensión material de dicho plazo, a los efectos de establecer sus cotas mínimas y máximas al uso. Y por otro, la valoración jurídica que de éstos pueda efectuarse.

Estableciendo un plazo de 90 días, como ejemplos podemos citar: Art. 25 de la ley 19.549 nacional; Art. 18 Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Bs. As. Ley 12.008 de 1999; Art. 23 Ley de Procedimiento Administrativo de Santa Cruz, ley 1260 de 1979; Art. 24 Código Contencioso Administrativo de Tierra del Fuego, ley 133 de 1994; Art. 9 Cód. Procesal Administrativo de Tucumán, ley 6205 de

⁹⁰ “Serra, Fernando H. c/ MCBA”, LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93.

1991; Art.7 Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Bs. As, ley 189 de 1999.

Por su parte el art. 19 del Código Procesal Administrativo de Entre Ríos, ley 7061, establece un plazo de caducidad de 1 año, al igual que el art. 19 del Código Procesal Administrativo de la Provincia de Formosa, norma de facto dictada en el año 1978 (Dec. ley 584/78).

El plazo más breve legislado es de 20 días el cual corresponde al art. 7 de la ley 2403 que sanciona el Código Contencioso Administrativo de Catamarca del año 1971.

Estableciendo 30 días de plazo podemos citar al art.12 Código Contencioso Administrativo de Chaco, ley 848; Art.8 Código Contencioso Administrativo de Córdoba, ley 7.182; Art. 8 Código Contencioso Administrativo de Jujuy ley 1888; art. 23 Código Procesal Contencioso Administrativo de La Pampa Decreto 952/79 proyecto elaborado por el Dr. Miguel Marienhof; Art. 12 Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de Salta ley 793 sancionada en 1908, art. 26 Ley de Procedimiento Administrativo de San Juan, ley 3784 de 1976; Art. 8, Código Contencioso Administrativo de La Rioja, ley 1005 sancionada en 1945;

Por su parte el art. 20 Cód. Procesal Administrativo de Mendoza, establece también un plazo de 30 días pero en este caso son días corridos.

Por su incidencia y relevancia para este estudio, un antecedente directo que merece ser considerado es la previsión normativa establecida para la Provincia de Río Negro en su Ley N° 2938, reguladora del procedimiento administrativo. En el artículo 98 dispone: “En todos los casos que corresponda la jurisdicción contencioso administrativa, la cuestión deberá ser promovida con las formalidades de demanda ordinaria dentro del término de treinta (30) días hábiles, contados desde que la resolución que agota la instancia administrativa fue notificada personalmente o por cédula al interesado”.

Este plazo es mantenido en el nuevo Código Procesal Administrativo de Río Negro: “**Artículo 10.-** Plazo de interposición. La demanda debe deducirse dentro del término de treinta (30) días hábiles, contados desde que la resolución que agota la instancia administrativa fue notificada personalmente o por cédula al interesado. Cuando la vía administrativa se agota por denegatoria por silencio, la acción puede interponerse en cualquier momento antes de la prescripción.”

Como se puede apreciar los plazos más breves que se encuentran legislados en dichas normas son de 30 días hábiles, mientras que los plazos de mayor duración se extienden hasta 90 días hábiles. Dentro de este margen de tiempo se encuadran la totalidad de las normas referenciadas, con excepción de Entre Ríos y Formosa que reglan un plazo de 1 año.

Similar consideración puede extraerse del estudio comparado de la normativa existente a nivel internacional.

Otra característica que surge del estudio efectuado es la siguiente: El plazo de 30 días es establecido, generalmente, en las normativas más antiguas (como en el caso de la Provincia de Salta cuya ley data de 1908, tan solo 2 años después de haberse sancionado el “Código Varela”), mientras que las normativas de más reciente data son las que legislan un plazo de 90 días (Nueva ley de la Provincia de Buenos Aires, CABA, Santa Cruz y Tierra del Fuego).

Ahora bien, dentro de este arco, cabe ponderar cual se presenta como más propicio e idóneo para que el interesado pueda ejercer sus derechos en garantía de la seguridad jurídica y la certeza de los actos de la Administración.

Para ello debe recordarse que en dicho término el administrado tiene que asesorarse legalmente (si es que efectuó el reclamo sin patrocinio) y preparar una demanda fundada en base a lo ya presentado ante la Administración. El reclamante, además, transita esta instancia en el marco de un proceso administrativo que es regulado por principios diferentes al del proceso judicial. Así, podemos destacar las particularidades que se derivan de los principios de: Igualdad; *in dubio pro actione* (la duda opera a favor de la procedencia formal de la acción); gratuidad; búsqueda de la verdad material; *in dubio pro administrado* (la duda opera a favor de administrado respecto a la cuestión de fondo en debate) e informalismo a favor del administrado.

El listado anterior no es taxativo, pero resulta suficiente para resaltar las características especiales que detenta el trámite por ante la Administración pública. Estamos ante un proceso no formal (quizás en exceso), gratuito, que no obliga la presencia de un letrado de parte, en el cual la Administración intentará llegar a la verdad material de lo reclamado, sabiendo que ante las dudas que se puedan presentar, las mismas siempre beneficiarán a la parte más débil -o sea, el ciudadano- y que, en definitiva, no se trata de la

etapa final del proceso, por cuanto la revisión judicial de lo actuado es una garantía constitucional.

Ello es también lo que se deriva si analizamos la cuestión desde el prisma que nos propone el derecho administrativo global. Con ella, cabe situarse desde la perspectiva del administrado y la instauración de los mayores estándares posibles en favor del ejercicio pleno de sus derechos frente a la Administración. Así, un plazo próximo a los 30 días hábiles puede ser considerado de los más cortos o exiguos (y consecuentemente, de los más comprometedores para su satisfacción), en tanto que alrededor de los 90 días hábiles es dable de ser calificado como de mayor permeabilidad a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, la aplicación de un plazo de caducidad debe ser considerado en función del que resulte más favorable al propio espíritu o intencionalidad del procedimiento administrativo en cuestión. En este sentido, bastaría con hacer jugar los plazos de tiempo más limitados o extensos en forma independiente con cada uno de los principios que reprodujimos anteriormente, para observar la contrariedad que produce la aplicación de los términos más cortos.

Es en esa dirección que debe interpretarse el relevante Fallo “Baena”⁹¹ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ocasión en la que ha dejado algunos conceptos muy claros sobre los límites que debe tener la Administración a la hora de establecer reglamentaciones o limitaciones a los derechos y garantías constitucionales. “...Es importante que la actuación de la Administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la Administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso...”

La CSJN, también se ha expresado en reciente jurisprudencia respecto a la relación que puede existir entre la brevedad de los plazos y la violación del derecho de defensa, manifestándose contraria a la inclusión de plazos excesivamente breves. Así, afirmó: “Que, en este estado de cosas, también interesa destacar la doctrina recibida en Fallos: 308:117 donde esta Corte, compartiendo lo dictaminado por el Procurador General, sostuvo que el contenido de las normas rituales poseía su reconocida e indiscutible importancia; sin embargo, su desnaturalización, su sobredimensionamiento por encima de

⁹¹CIDH. Sentencia en autos “Baena Ricardo y Otros 270 trabajadores vs. Panamá- 02/02/ 2001.-

su razón de ser terminaba por convertir a esos imprescindibles preceptos en una suerte de trampas o valladares tendientes a frustrar el derecho constitucional del debido proceso, lesionando gravemente la garantía de la defensa.”⁹²

El fallo citado estableció que la reglamentación que había sido creada por una ordenanza municipal, estableciendo plazos muy breves de caducidad –bastante inferiores a los 30 días hábiles-, afectaban los principios más elementales del debido proceso y la defensa en juicio. Esta es la orientación mantenida en la jurisprudencia de la CSJN en los últimos años, resultando concordante con las referencias legales y doctrinarias que se vienen sosteniendo.

En consecuencia, la evaluación de los plazos de caducidad establecidos en la normativa vigente de entre 30 y 90 días hábiles no pueden establecerse per sé como violatorios de garantías constitucionales. Igualmente, todos ellos pueden soportar un control de convencionalidad, sin que se violenten -a priori- los principios allí establecidos. Así lo tiene declarado la propia CSJN: “Que, en suma, la limitación temporal al ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en el art. 25 de la ley 19.549 no es susceptible de impugnación constitucional, toda vez que constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio, en tanto, no lo suprime, desnaturaliza o allana”⁹³. Debemos recordar que la Corte en este caso está considerando un plazo de 90 días hábiles.

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho administrativo global la recepción legal de futuras reformas en la materia, no puede más que alejarse de los plazos más breves al uso e incoarse hacia cotas más extensas de los plazos temporales establecidos para la caducidad, que como he referenciado, las que mayoritariamente se establecen en torno a los 90 días hábiles, contados desde que la resolución que agota la instancia administrativa fue notificada personalmente o por cédula al interesado.

El Dr. Luis Emilio Pravato, coautor de la citada Ley N° 2938, entrevistado para este trabajo, considera que el plazo de caducidad de 30 días hábiles es en la actualidad “un plazo exiguo y contrario al principio de la garantía de la tutela judicial efectiva... El plazo para interponer la demanda judicial como mínimo, debería ser un plazo de 90 días

⁹² Recurso de hecho deducido por la actora en la causa “Parra de Presto, Stella Maris s/ inconstitucionalidad ordenanza general 207/77. Sentencia del 16/11/1993.

⁹³ “Gypobras S. A. c. Estado nacional -Ministerio de Educación y Justicia” – sentencia del 5/04/1995.

como en Nación.”⁹⁴. Téngase presente que el artículo 98 que contempla este plazo fue incorporado con posterioridad a la sanción de la ley, copiando el contenido de la ley 525 de 1968.

4.4 EL PLAZO DE CADUCIDAD Y EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Estamos ante la hipótesis de que un ciudadano solicita algo a la Administración Pública. También, según la teoría subjetiva de la función administrativa, podría estar solicitándolo a los otros poderes si estos ejercen su función administrativa (teoría incorporada al ordenamiento jurídico rionegrino a través del artículo 1 de la Ley N° 2938). En ambos casos, la circunstancia que se presenta es que éstas no responden a lo solicitado. Para ese supuesto, la ley establece que en ciertos casos el silencio administrativo significará que lo que se solicita es concedido. Sin embargo lo más corriente es que el silencio administrativo sea negativo o denegatorio de lo solicitado. Así el ciudadano sabrá que transcurrido el plazo legal, podrá recurrir la referida negativa ante instancias superiores.

Mucho se ha escrito sobre este tema y, como no podía ser de otra manera dentro del mundo del Derecho, las opiniones no son unánimes en cuanto a la naturaleza jurídica y los efectos que este silencio puede producir. Pero en lo que sí están de acuerdo la mayoría de los autores, es que el silencio no es un acto administrativo, sino una presunción legal. Y, dentro del derecho administrativo, el silencio se configura como un medio de impedir que las instancias administrativas queden indefinidamente pendientes de resolución y se vulneren los derechos subjetivos impidiendo el acceso a la jurisdicción.

En esta instancia nos interesa ver como se desenvuelve este instituto en relación con el plazo de caducidad. La pregunta que se nos presenta es la siguiente: ante la falta de respuesta de la Administración (silencio) ¿Puede correr igual plazo de caducidad para presentar la demanda, que el que opera luego de que la Administración emite una respuesta formal y escrita?

Podríamos intentar responder este interrogante basándonos exclusivamente en principios tanto jurídicos como lógicos. Sin mayor temor a equivocarnos, podemos afirmar

⁹⁴Entrevista personal efectuada al Dr. Luis E. Pravato, agregada al Anexo I de la presente.

que si el silencio de la Administración no es un acto sino una presunción legal, ésta jugará siempre a favor del administrado. De allí que aquellas consecuencias legales propias de una Administración diligente que expresa su voluntad en la forma y en el tiempo legalmente establecido, no podrían ser trasladadas a la ausencia de actuación de los órganos administrativos, y menos aún a aquellas que otorgan una prerrogativa.

Según García de Enterría, "...el silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto tácito o declaración de voluntad administrativa; está montado en beneficio del particular y como una facultad suya, al cual, por consiguiente, corresponde la opción, que expresamente se define, de impugnar el silencio o de esperar una resolución expresa (se entiende que para impugnar luego ésta, si le conviniese hacerlo), por cuanto lo que el silencio no es, en todo caso, es una manera de pronunciarse de la Administración, a la cual se recuerda su estricta obligación de resolver y de hacerlo fundadamente."⁹⁵

Ésta parecería ser entonces la respuesta final y definitiva a la pregunta que se hiciera en este acápite. Pero, como ya se mencionara anteriormente, en el mundo jurídico no hay nada sencillo. En el año 2000, ante la crisis económica que azotaba a la República Argentina, el Congreso Nacional promulgó la Ley de Emergencia Económica y Financiera N° 25.344. Entre otras muchas decisiones cuestionables, modificó el instituto del reclamo administrativo previo, estableciendo el plazo de caducidad del artículo 25 de la Ley N° 19.549, para acudir a la justicia una vez configurado el silencio, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.

Debe recordarse que antes de la sanción de la Ley N° 25.344, la Ley N° 19.549 en su Título IV, se refería al silencio administrativo en los artículos 23, 24 y 26 en relación a la habilitación de la instancia judicial para el respectivo control de los órganos jurisdiccionales, con una conclusión razonable: "el no sometimiento a los plazos de caducidad (90 días) de las acciones de los particulares en los casos de silencio administrativo". Ahora bien, el artículo 12 de la Ley N° 25344 reforma el artículo 31 introduciendo la obligación de demandar en el plazo establecido en el artículo 25 frente a la denegatoria del reclamo, aun en caso de configuración del silencio.

⁹⁵García de Enterría, Eduardo, "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", RAP Revista de Administración Pública, N° 47, 1965, p. 211/212.

A lo largo de la historia argentina, son numerosos los ejemplos donde se sancionan normas "de emergencia" que restringen o violentan derechos de raigambre constitucional, acabando en su cuestionamiento por su inconstitucionalidad ante la CSJN.

En distintos fallos⁹⁶, la Corte fundada en situaciones de emergencia o con motivo de ponerles fin, ha reconocido la constitucionalidad de leyes y hasta decretos, que suspenden temporalmente los efectos de los contratos libremente convenidos por las partes, obligan a efectuar contrataciones en contra de la voluntad de los contratantes, se apropien de depósitos de los ciudadanos o restrinjan el acceso a las cuentas bancarias. Siempre fundando dichas decisiones en la protección del interés público, ante la presentación de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole.

No resulta sorprendente, en consecuencia, que el Congreso de la Nación dictara la citada Ley N° 25.344, la cual estableció esta interpretación del silencio administrativo y su aplicación procesal que, en doctrina pacífica, puede considerarse claramente inconstitucional. No obstante, cabe destacar que este tipo de regulación no es privativa de la Ley N° 19.549, ni se limita a cuestiones de emergencia. Así, por ejemplo, en la Provincia de Córdoba, se establece lo siguiente: "La autoridad a que se refiere el artículo anterior deberá expedirse en el término de ciento veinte días hábiles administrativos, en el caso de petición, y de treinta días hábiles administrativos, en el caso de recurso necesario, contados desde la interposición. Si así no lo hiciera, el interesado deberá presentar "pronto despacho" en el término de tres meses y si no hubiere pronunciamiento dentro de los veinte días hábiles administrativos quedará, por este solo hecho, expedita la vía contencioso administrativa, la que podrá ser iniciada hasta seis meses después de la fecha de presentación del "pronto despacho"."⁹⁷

Podemos encontrar redacciones similares a la anteriormente detallada en los códigos contenciosos de San Juan (art. 26 ley 3784), Catamarca (art. 7 ley 2403) y La Pampa (art. 22 decreto ley 952/79) entre otros.⁹⁸

⁹⁶ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causas: "Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta" (28/4/1922) Fallos:136:170 - "Avico, Oscar Agustín C/De La Pesa, Saul G. (7/12/1934) Fallos:172:21 - "Cine Callao" (22/06/1960) - Fallos:247:121 - "Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de economía -B.C.R.A.), 27/12/1990, Fallos:313:1513.-

⁹⁷ Art. 7° de la Ley 7182.

⁹⁸ San Juan, ley 3784, art. 26°: "La reclamación judicial Deberá iniciarse dentro de los treinta días contados desde la notificación de la resolución definitiva desestimando el reclamo; o a partir del vencimiento del plazo establecido en el segundo apartado del artículo anterior, en el caso de no haber recaído resolución."

Este tipo de normativas se presenta como contraria a principios de raigambre constitucional. Dicha opinión es mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina. Solo indicativamente podemos señalar con el Dr. Cassagne que: “La reforma introducida al art. 30 y siguientes de la LNPA permite interpretar que cuando se opera el silencio administrativo a instancias del particular rige un plazo de caducidad para demandar. Esta interpretación conculca el principio de la tutela judicial efectiva, porque el silencio, en definitiva, es una ficción que solo tiene sentido (en el silencio negativo) a los efectos de la impugnación del acto.”⁹⁹

Téngase presente que la circunstancia de que el ordenamiento jurídico haya establecido consecuencias jurídicas para el silencio administrativo, no debe indicar que para la ley, la falta de respuesta es una alternativa válida a la decisión expresa. Tampoco puede aceptarse que este incumplimiento por parte de la Administración, pueda ser tomado como un modo regular de concluir los procedimientos administrativos. La obligación del Estado de responder es la contracara del derecho que tienen los ciudadanos de peticionar a las autoridades. La evolución histórica de este instituto nos recuerda que ya no estamos ante un “ruego” o “súplica” efectuada por un vasallo ante su soberano. Esta petición es, en realidad, un reclamo efectuado por el “soberano” a su representante.

Así, y de conformidad con el artículo 14 de la Constitución de la República Argentina, la autoridad administrativa tiene el deber de resolver expresamente y conforme a derecho todo aquello que se le plantea. De allí que premiar este incumplimiento del Estado con la aplicación directa de una prerrogativa, invierte la carga que diera origen a esta presunción legal (el silencio juega siempre a favor del administrado) y, por ende, torna inconstitucional a la norma que así lo establece.

El Código Procesal Administrativo de Neuquén resuelve este problema de manera clara, sencilla y más acorde a los preceptos constitucionales antes mencionados: “Artículo 10: Plazo. Cuando la vía administrativa se agota por resolución expresa, la acción debe promoverse dentro del plazo de treinta (30) días, el que comenzará a regir desde el día

La Pampa, dec. Ley 952/79, art. 23: La acción del administrado deberá promoverse dentro del plazo de treinta (30) días, computado desde el día siguiente al de la notificación de la decisión administrativa. En los casos de denegación tácita, se computará desde el día siguiente al establecido en la ley de procedimiento administrativo para tener por superada dicha denegación.

⁹⁹Cassagne, Juan Carlos, “El Procedimiento Administrativo y el Acceso a la Justicia”, en libro Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, ediciones RAP, 2005. P. 394. (p. 391 a 395)

siguiente al de la notificación de la decisión...Cuando la vía administrativa se agota por resolución tácita, la acción puede interponerse en cualquier momento antes de la prescripción, de conformidad con el Artículo 171° inc. a) de la Ley de Procedimiento Administrativo.”

Este mismo razonamiento puede ser encontrado en fallos recientes de distintos tribunales argentinos, en algunos casos con resoluciones que finalmente no aceptarán la aplicación del plazo de caducidad para el supuesto del silencio administrativo¹⁰⁰ y, en otros casos donde esta posición, lamentablemente, aún sigue siendo minoritaria.¹⁰¹

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro ha mantenido históricamente similar posición a la anteriormente señalada. Ya en el año 1990 dicho máximo tribunal afirmaba: “Si bien la Ley N° 525 señala concretamente que la demanda contencioso administrativa ha de ser promovida dentro del término de treinta (30) días hábiles contados desde que la resolución que agota la instancia administrativa fue notificada personalmente o por cédula, el silencio de dicha norma respecto de la forma procesal a seguir en casos de denegatoria tácita en sede administrativa, impide decidir a favor de la automaticidad en el cómputo de los plazos, no autorizada legalmente y manifiestamente lesiva para los intereses de los administrados.”¹⁰²

¹⁰⁰ CNCAF, Sala IV, in re “Palacios Héctor Julio c. EN” , de fecha 5-10-06. “ante la configuración del silencio administrativo frente a la reclamación efectuada por un particular no resulta aplicable, a efectos de la admisibilidad de la demanda, el plazo de caducidad establecido en el artículo 25 de la ley 19.549”, y también “De La Rosa, Carlos Leon C/ Municipalidad de Tigre Y Otros S/ Daños y Perjuicios” Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, de abril de 2007, – “Esto es, ante el silencio, no se presume que la autoridad administrativa ha actuado, por el contrario se sabe fehacientemente que no lo ha hecho. (Cfr. MUÑOZ, Guillermo Andrés; “Silencio de la Administración y Plazos de Caducidad”, Edit. Astrea, 1982). Así, de la presunción legal “de una resolución adversa” no cabe inferir la existencia de “un acto desestimatorio presunto o tácito” al que le fuera aplicable el plazo de caducidad; máxime por la naturaleza del instituto y no encontrándose previsto expresamente en la ley. Ello se corrobora con lo establecido por el Art. 18 en cuanto al plazo para deducir la pretensión, y la forma de computarlo en los distintos supuestos, en tanto no prevé el plazo de caducidad para el silencio. Asimismo, y en otro orden, el Art. 14 párrafo 1- inciso d) excluye del requisito de agotamiento de la vía administrativa, al caso del “silencio”.

¹⁰¹ Voto minoritario del Dr. Juan Carlos Cafferata en fallo Díaz, Azucena del Valle c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”, 05/08/2010, donde afirma: “lo que siempre estuvo claro es que el silencio desestimatorio y la ficción de acto denegatorio constituía una facultad del administrado, establecida precisamente para evitar que la morosidad o reticencia administrativa evitara el control jurisdiccional...obvio concluir que, no existiendo en esencia un acto sino una mera presunción legal, no puede derivarse de ella un perjuicio para el administrado y un beneficio para la Administración, porque eso sería subvertir el orden y la finalidad de las instituciones... lesionando así el principio de la tutela judicial efectiva (artículo 8, inc. 1, del Pacto de San José de Costa Rica, que goza de jerarquía constitucional por virtud del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”.

¹⁰² Medvedev, Roberto c/ Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo s/ Casación”, sentencia N° 78/9032.

No obstante ello y hasta hace muy poco tiempo, los magistrados efectuaban interpretaciones más que distorsionadas sobre este particular. Así, en un dictamen de la Procuración General del mes de mayo del año 2012 se puede leer lo siguiente: “En este sentido, entienden los magistrados, que la letrada apoderada de la actora fundamentó su postura en datos falsos, que la Ley N° 525 no ha quedado derogada, ni el silencio de la Administración “juega siempre a favor del administrado”, como afirmara la accionante. Puntualizan que el artículo 6 de la Ordenanza N° 20-I-78 dispone que: “El silencio o la ambigüedad de la Administración, frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretará como negativa”, por lo que una vez vencidos los plazos para el pronunciamiento, se considerará que hay silencio de la Administración y comienza el término para interponer la demanda respectiva...Lo cierto es que la vía administrativa quedó claramente agotada ante el silencio de la Administración frente al primer pronto despacho, que se interpuso el 27.05.07.; a partir de allí comenzó a correr el plazo para accionar ante la jurisdicción contencioso administrativa”¹⁰³

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro no compartió el criterio sostenido por la Procuradora y mantuvo su tradicional postura, dedicándole varios párrafos a dejar sentado que el silencio de la Administración juega siempre a favor del administrado. Resulta contundente el voto del Dr. Sergio Barotto, el cual fuera ratificado por el resto de los miembros del Tribunal, al afirmar que: “Esto significa que el silencio de la Administración nunca podrá cercenar derechos de los administrados. Al respecto este Superior Tribunal ha manifestado en Sentencia 140/2010 in re: “TASSARA”: En dicho pronunciamiento se dijo que lo expuesto no implica cohonestar el incumplimiento de la obligación primera y principal de la Administración de pronunciarse, contracara del derecho a peticionar de todo administrado (artículo 14 de la Constitución Nacional), sino sólo ratificar que el silencio interpretado como negativa procura facilitar la continuación del proceso y el acceso a la jurisdicción, y no tronchar derechos o posibilitar que la Administración se apropie de los derechos de ciudadanos incautos. De allí que se haya dicho que resultaría “...verdaderamente paradójico que la técnica del silencio administrativo, edificada sustancialmente para tutelar al administrado ante la pasividad de

¹⁰³ Dictamen N° 53 /12, Procuración General del Poder Judicial de Río Negro, 24 de mayo de 2012, en causa “F.A.M C/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche s/ Nulidad s/ Apelación.

la Administración en resolver una petición, sirviera, por la no interpretación del rol que cumple, a una finalidad bien distinta, como es la de cerrar el acceso a la jurisdicción contenciosa” (Grecco, “La interpretación jurisprudencial de la Ley de Procedimientos Administrativos”, en Muñoz-Grecco, “Fragmentos y testimonios de derecho administrativo”, págs. 607 y sgtes., citado por García Pullés, *id.*, pág. 381)”.

Autores de la talla de Juan Francisco Linares¹⁰⁴ y Tomás Hutchinson¹⁰⁵ también se han manifestado favorables a esta posición. Quizás el que mejor ha resumido la situación es el Dr. Guillermo Muñoz cuando sostuvo que: “La fijación de semejantes plazos parece conducir a una aporía: cuando la Administración no cumple con su obligación de resolver, los actos recurridos en sede administrativa no quedan firmes; sin embargo, se fija un plazo para impugnarlos judicialmente. Paradójicamente, ese plazo se computa, a partir de que queda consumada la infracción.”¹⁰⁶

Como se ha visto en los ejemplos mencionados, en la actualidad se podría considerar que la gran mayoría de los autores y de los magistrados se han manifestado de forma contundente, contrarios a la aplicación de plazos de caducidad cuando se ha configurado el silencio administrativo. La muy reciente sanción del Código Procesal Administrativo de Río Negro por fin ha puesto punto final a esta discusión en la Provincia. En los capítulos siguientes nos adentraremos en el análisis de dicha legislación.

Como reflexión final surge que la incorporación de un plazo de caducidad, si bien no es indispensable para el resguardo de la seguridad jurídica, es utilizado comúnmente en los códigos contenciosos provinciales y en la ley nacional. No obstante ello, hay fuertes argumentos, especialmente desde el Derecho Administrativo Global, para

¹⁰⁴ “Vale la pena insistir en que el sistema de la inexistencia de plazo de caducidad, después del plazo de silencio, es el más prudente desde el punto de vista de política legislativa porque evita al administrado la necesidad ineludible de iniciar, frente a cada recurso con resolución denegatoria por silencio, que cause estado, un juicio contencioso administrativo con el dispendio jurisdiccional judicial del caso y con pérdida de toda posible negociación previa con el Estado para evitarlo” _ Linares, Juan, 1980, p 768.-

¹⁰⁵ “Esta limitación temporal carece de justificación desde el punto de vista técnico jurídico, ya que, no siendo el silencio administrativo un verdadero acto, sino una simple ficción legal concedida en beneficio del particular...nunca podrá decirse que el silencio negativo haya quedado firme, calificativo que solo puede predicarse de los verdaderos actos, es decir, de las declaraciones expresas de voluntad, deseo, juicio o conocimiento, emanadas de una Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa. La resolución expresa sigue siendo, a pesar del silencio, una obligación viva que la Administración debe cumplir porque así se lo impone la Ley, ya que no puede concebirse que pueda eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a ocurrir si por silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso debidamente fundado.” Hutchinson, Tomás; 1985, p 223.-

¹⁰⁶ Muñoz, Guillermo Andrés; “Silencio de la Administración y Plazos de Caducidad”, Edit. Astrea, Bs. As., 1982. P. 90.

incoar a su progresiva eliminación, comenzando por la recepción en toda futura reforma legal de los plazos más amplios que puedan ser considerados -actualmente 90 días o 1 año- o directamente asimilarlos a los de la prescripción, aunque sus consecuencias difieran, especialmente respecto a la subsistencia de la obligación como natural.

CAPITULO V

PARTICULARIDADES DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

5.1.- LA DISPERSION DE ORGANOS COMPETENTES EN EL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RIO NEGRO

El principal aspecto a tener en cuenta a la hora de analizar la situación imperante en la provincia es el tema de la competencia, el cual no resulta menor, si consideramos que estamos hablando sobre los jueces en los cuales van a recaer los procesos judiciales en los cuáles el Estado es parte.

En nuestra provincia no existen órganos específicos del fuero contencioso administrativo. La última reforma constitucional, ocurrida en el año 1988, introduce en la Constitución de la provincia de Río Negro una división de competencia procesal administrativa bastante curiosa. La misma será ejercida por las Cámaras en lo Civil y Comercial de cada circunscripción judicial, con apelación ordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia; y en materia contencioso-administrativa laboral, tendrán competencia exclusiva en instancia única las Cámaras del Trabajo de cada circunscripción judicial.

Por lo tanto, deberá determinarse el tipo de proceso del que se trata, para saber el tribunal competente. Asimismo según estas dos instancias será la ley supletoria que se aplique. Por ejemplo, si es una demanda relacionada al empleo público, se aplicará supletoriamente el código de procedimiento laboral; si es una demanda por el cumplimiento de un contrato de obra, el código de procedimiento civil y comercial determinará plazos y normas no reglados expresamente.

Esta dispersión de jurisdicción “transitoria” está contemplada en la Constitución de la Provincia de Río Negro, la que en su artículo 14 de las Normas Complementarias reza: “Hasta que se reglamente por la Legislatura la atribución de competencia a los tribunales de grado en materia contencioso-administrativa, ésta será ejercida por las Cámaras en lo Civil y Comercial de cada circunscripción judicial, con apelación ordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia. Igualmente en materia contencioso-administrativa laboral, tendrán competencia exclusiva en instancia única las Cámaras del Trabajo de cada circunscripción judicial”.

Como puede observarse, se establece la atribución de competencia en materia contencioso-administrativa entre las Cámaras en lo Civil y Comercial de cada circunscripción judicial y las Cámaras del Trabajo, con apelación ordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia tan solo para el primer caso.

Esta singular solución “transitoria” que establece la constitución, divide el fuero contencioso poniendo en manos de las cámaras laborales, aquellos casos relacionados al empleo público, dejando el resto de las causas para que tramiten originariamente en las cámaras civiles y comerciales.

Resulta oportuno resaltar que la vieja constitución de 1957 determinaba en su artículo 137 que la competencia contencioso administrativa era originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia. El crecimiento poblacional y el incremento en la cantidad de demandas obligaba a introducir algún cambio en este aspecto.

Las justificaciones del por qué fue ésta la decisión adoptada por los constituyentes son múltiples; políticas, sindicales y hasta financieras, pero ninguna se fundamenta en temas netamente jurídicos. Y esto es así, en virtud de que no existiría una razón fundada en el Derecho, que pueda justificar satisfactoriamente este invento procesal.

Esta inexistencia de órganos propios de un fuero contencioso administrativo trae aparejado, además e inexorablemente, otro problema que repercutirá directamente en las partes litigantes. Los jueces que van a dirimir sus conflictos, no son especialistas en la materia que tienen que utilizar para dictar su sentencia acorde a derecho.

La gravedad de esta situación se ve reflejada en la opinión vertida por el Mg. Luis Pravato, quien al preguntársele sobre esta falta de jurisdicción, manifiesta: “Es una

omisión inconstitucional que a la fecha, luego de casi tres décadas de la reforma constitucional tiene entidad para afectar el principio de juez natural.”¹⁰⁷

Son frecuentes los casos en los que los magistrados de la Cámara del Trabajo, en una demanda por finalización de contrato de empleo público, aplican principios del Derecho Laboral a la hora de interpretar las cláusulas del contrato aludido. De la misma manera, los camaristas del fuero civil aplican los principios de este derecho, en demandas originadas por incumplimientos en contratos de obra pública.¹⁰⁸

Esta falta de adecuación del perfil profesional principal al fuero de actuación transitoriamente asignado, no es enteramente imputable a los magistrados; éstos se han preparado y especializado a lo largo de su carrera judicial, para resolver casos relacionados a sus respectivas materias. Pero, más allá de esta aclaración, la consecuencia de esta especial situación es que las sentencias dictadas por estos tribunales son, en un porcentaje muy alto, anuladas por el Superior Tribunal de Justicia.¹⁰⁹

Sobre el particular se manifiesta la Dra. Adriana Zaratiegui, miembro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia: “La falta de especialización atenta contra la resolución debidamente fundada en cualquier fuero. En lo puntual, referido al proceso administrativo en nuestra provincia, la ausencia de un fuero especializado y de un código procesal en la materia, provoca dispersión de criterios, a la par que ausencia del debido tratamiento de la materia administrativa a la que se le extienden los principios civiles o laborales -según el caso- y también un alto índice de anulabilidad de las sentencias por falta de fundamentación o error de derecho, situación que -en mi opinión- ha provocado una mayor demora en la resolución de los conflictos.”¹¹⁰

La profesora titular de la materia Derecho Administrativo de la Universidad de Río Negro, Mg. Sandra Eizaguirre, ha realizado un interesante estudio sobre la situación

¹⁰⁷ Entrevista personal realizada Al Mg. Luis Pravato, la cual se agrega en el Anexo I del presente trabajo

¹⁰⁸ Entre los fallos más cuestionados podemos citar: “Scheffield, Arturo N. c/ Vial Rionegrina S.E. S/ Sumario”, Cámara del Trabajo, Sec.1, San Carlos de Bariloche, sentencia de fecha: 11/03/2014, actualmente recurrida por ante el Superior Tribunal.-

¹⁰⁹ Como ejemplos: “Salazar, Ana S/ Amparo S/ Apelación”, Expte. N° 20088/05-Stj-, Sentencia N° 41/05 ; “Miglierini, Hilda Aurora Y Otros C/ Provincia De Río Negro (Ipross) S/ Contencioso Administrativo S/ Inaplicabilidad De Ley”, Expte. N° 13.872/99-Stj-, Sentencia N° 82/01; “Ocampo, Fernando Rubén S/ Amparo S/ Apelación”, Expediente N° 19914/04-Stj-, Sentencia N° 08/2005; “Correo Argentino C/ Consejo Provincial De Salud Pública De Río Negro S/ Sumario- Cobro De Pesos”, Expediente N° 6387/05 (Cav), Sentencia N° 38/06.-

¹¹⁰ Entrevista personal realizada a la Dra. Adriana Zaratiegui, la cual se agrega en forma completa en el Anexo I del presente trabajo.

antes detallada, del cual efectuamos el siguiente extracto: “Haciendo un paralelismo, creo que a nadie se le ocurriría que causas penales fueran resueltas por un juez de familia, o que cuestiones laborales fuesen resueltas por un juez correccional, entonces, ¿cómo puede ser que en la Provincia de Río Negro las causas contencioso administrativas sean resueltas por jueces civiles y laborales? El control judicial de la Administración, como nos advierten Tribiño y Perrino, puede efectivizarse mediante diversos mecanismos, aunque, sin duda, cuantitativa como cualitativamente, la acción contencioso administrativa consiste en el más importante de ellos. Pero para su eficaz utilización se requiere contar con los conocimientos apropiados sobre sus particularidades, para poder de ese modo hacer uso de ellos y lograr la tutela procesal efectiva de los derechos comprometidos.”¹¹¹

En los siguientes cuadros se detalla la cantidad de causas contencioso administrativas que han tramitado durante los años 1997 y 2005, tanto ante las Cámaras del trabajo como las Cámaras de Apelaciones Civiles y Comerciales de las, entonces vigentes, tres circunscripciones judiciales.

Cámaras del trabajo de las tres circunscripciones entonces vigentes

Año	Ordinarias	Contencioso-administrativas	Amparos
1997	1495	411	100
1998	1532	463	044
1999	1642	201	150
2000	1600	251	087
2001	1845	199	169
2002	1704	106	336
2003	1758	199	146
2004	1764	144	064
2005	1823	088	058

Cámaras civiles de las tres circunscripciones entonces vigentes

Año	Civiles y comerciales	Contencioso-administrativas	Amparos
1997	1449	026	033
1998	1410	028	013
1999	1029	020	018
2000	1411	021	029
2001	1333	025	026
2002	1268	058	162
2003	2679	030	030
2004	1607	035	018
2005	2048	041	033

Fuente: Poder Judicial de Río Negro

¹¹¹Eizaguirre, Sandra; “La necesidad de la creación del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Río Negro a la luz de la garantía de la tutela judicial efectiva” – Tesis con la cual aprobara la Maestría de Derecho Administrativo, biblioteca de la Universidad Austral.

Datos más actualizados nos indican que los porcentajes y las cantidades de causas se mantienen. Según un informe elaborado para este trabajo por la Secretaría de Superintendencia del Superior Tribunal de Justicia, las cámaras del trabajo de las actuales cuatro circunscripciones judiciales han tramitado durante el año 2012 un total de 3731 causas, de las cuales 79 son contencioso administrativas. Por su parte en las Cámaras civiles y comerciales, sobre un total de 1740 causas, 107 pertenecen a la materia en estudio.¹¹²

Un nuevo estudio estadístico refleja que entre el mes de agosto de 2014 y julio de 2015 tramitaron por ante las Cámaras Civiles y Comerciales un total de 104 causas contencioso administrativas.

Por su parte, durante ese mismo período de tiempo, fueron ingresadas ante las Cámaras del Trabajo 236 causas contencioso administrativas.

Como último dato a valorar, en esos dos semestres en los juzgados de Viedma, sobre un total de 11.911 causas iniciadas, en 4729 se encuentra involucrado el Estado como parte. Hay que aclarar que 4043 causas corresponden a ejecuciones fiscales tramitadas por la Agencia de Recaudación Tributaria de la Provincia.¹¹³

En cualquier caso, la cantidad de causas contencioso administrativas que se tramitan en todos los órganos competentes (y eventualmente las que se podrían tratar por su potencial incremento ante un fuero íntegro), así como la labor derivada de las sentencias revocadas por el Superior Tribunal, ameritan una solución de fondo. La creación de un fuero especializado se hace imprescindible.

Sobre el particular se manifiesta el Dr. Cámpora: “Al no tener jueces especializados en la materia, no se logran comprender el verdadero alcance a la limitación de los poderes del Estado, ni las garantías de los ciudadanos, como parte más débil en la relación contencioso administrativa.”¹¹⁴

Como colofón podemos apreciar que esta situación especial que se presenta en la provincia, va en desmedro de la aplicación integral del principio de la tutela judicial

¹¹² Los datos consignados fueron extraídos del sitio web <http://gepjrj.blogspot.com.ar/>, perteneciente a Planificación, Gestión y Estadísticas, del Poder Judicial de Río Negro. Los mismos fueron ratificados por la Dra. Ana Rowe, Secretaria de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Viedma.

¹¹³ Los datos consignados fueron gentilmente brindados por la Dra. Silvana Mucci, Secretaria de Superintendencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. Se encuentran también en la página web <http://gepjrj.blogspot.com.ar/>.

¹¹⁴Entrevista personal efectuada al Dr. Raúl Cámpora agregada al Anexo I del presente.

efectiva, en las condiciones y con los alcances que hemos detallado. Dice el Dr. Pravato: “Hay una afectación evidente al debido proceso y a la garantía de la igualdad en el régimen procesal administrativo de la Constitución Provincial de 1988, cual es que los temas de empleo público se resuelven en instancia única por ante la Cámara Laboral (solo cabe un extraordinario recurso de inaplicabilidad de ley ante el STJ). Por el contrario, el resto de la materia contencioso administrativa (obra pública, empréstitos, servicios públicos, etc.) se sustancia en un juicio con doble instancia (sentencia de cámaras civiles, como tribunal de primera instancia, con apelación ordinaria ante el STJ). Es decir, el dependiente del Estado está en peor situación que el empresario contratista. Todo ello se agravó con la incorporación de los tratados de DDHH en el orden federal.”¹¹⁵

5.2.- LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RÍO NEGRO

Ante esta situación es que han cobrado vital importancia las distintas decisiones que tomara el Superior Tribunal de Justicia en los casos que llegaron a sus estrados. La jurisprudencia de este Tribunal, abundante y rica en la materia, tuvo que suplir la falta de una ley específica que regule el trámite -tégase presente que el Código Procesal Administrativo recién obtuvo sanción de la Legislatura en el mes de abril de 2016-.

En efecto, dicho órgano ha dictado fallos que, ante la ausencia de ley procesal aplicable, han venido determinado el camino a seguir para los tribunales inferiores y los justiciables. El Dr. Ricardo Apcarián nos ilustra sobre este tema, en ocasión de opinar sobre el proyecto por él presentado, que luego sería convertido en ley: “Nuestro criterio se inclina por la conveniencia de la jurisdicción especializada, de allí la iniciativa legislativa formulada. No obstante, los temas han sido igualmente resueltos hasta el día de la fecha sin mayores complicaciones, y el proceso ha adquirido contornos propios en derredor de la doctrina del Superior Tribunal de Justicia, de consideración obligatoria para los jueces por imperio del artículo 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”¹¹⁶

¹¹⁵Entrevista personal efectuada al Mg. Luis Pravato, que se agrega al Anexo I del presente.

¹¹⁶Entrevista personal efectuada al Dr. Ricardo Apcarián agregada al Anexo I del presente.

En algunas oportunidades los fallos del máximo tribunal provincial han cuestionado situaciones precisas y concretas, como el plazo de caducidad de 30 días, determinado por la Ley N° 2938. Si bien su criterio histórico era el de aplicar a rajatabla este término perentorio, en el año 2004 se dicta el fallo “Argañaraz”¹¹⁷, en el cual, y de manera excepcional, se aceptó el acceso a la justicia una vez vencido el plazo: “La tutela judicial efectiva no solamente es un mandato constitucional, sino una inexcusable garantía del derecho “supranacional” que la reforma constitucional de 1994 incorporó a la Carta Magna Federal. El actor es merecedor de acceder a la jurisdicción para el debido contralor judicial de los actos de la Administración que “*prima facie*” aparecen viciados por desatención parcial de los reclamos y desinterpretación de sus pretensiones.”¹¹⁸

Es así como, poco a poco, las estructuras pétreas tan características de sistemas judiciales conservadores, van aceptando estas nuevas interpretaciones legales que la reforma constitucional de 1994 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico.

Un ejemplo más cercano en el tiempo regula magistralmente una situación que ya se hiciera mención en capítulos precedentes del presente trabajo. En un reciente Fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro¹¹⁹, ante la inacción demostrada por la Legislatura Provincial ya detallada, resuelve en forma concreta y contundente, la aplicación del instituto del silencio administrativo y cómo debe ser su interpretación legal, tanto para el supuesto analizado en dicho capítulo (si se aplica o no el plazo de caducidad) como su tramitación destinada a agotar la instancia administrativa.

La situación a resolver resulta ser fundamental para la participación estatal en juicio. Ello es así, puesto que si ante el silencio de la Administración el reclamante necesariamente debe continuar con los recursos administrativos, no existiría ningún tipo de exigencia para que el Estado cumpla con su obligación constitucional de responder.

No obstante, la postura más habitual de los abogados y abogadas que trabajan en el Estado rionegrino, normalmente es la de dejar vencer los plazos a los efectos que se produzca el silencio, ya que con ello se pone la carga del proceso exclusivamente sobre los

¹¹⁷ STJ RN “Argañaraz Waldo R. c/ Provincia de Río Negro Ministerio de Gobierno (Jefatura de Policía) s/ Contencioso Administrativo s/ Inaplicabilidad de Ley” del 11-06-2004

¹¹⁸ Un análisis detallado sobre este importante fallo se puede encontrar en Volonté, Miguel; “Procedimiento Administrativo en la Provincia de Río Negro”, Sello Editorial Patagónico, 2009.-, Pág. 346.

¹¹⁹ Sentencia en causa “Aguirre, Graciela M. C/ Provincia de Río Negro S/ Ordinario” Sentencia N° 09/2014, exp. 25350/11.-

hombros del administrado, quien es en la práctica, el único interesado en llegar a un final formal y, de ser posible, escrito y fundado en este proceso.

Esta posición se encontraba respaldada por la jurisprudencia emanada del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, quien oportunamente manifestara en relación al silencio: “El objetivo final del instituto es precisamente la celeridad del procedimiento administrativo y ciertamente ha sido organizado, en beneficio del particular afectado, que de tal modo, aun ante la falta de un pronunciamiento expreso, podrá tenerlo por producido (en sentido negativo a su propuesta) al cumplirse exactamente los plazos fijados en la legislación respectiva...Es una sanción para la Administración, pues su dilación, o la eventual demora, lejos de beneficiarla, la pondrá ante el hecho consumado de una resolución ficta que habilitará recursos judiciales o reclamaciones administrativas a mayor nivel, las que a su turno también estarán sujetas a plazos similares y a mecanismos de celeridad forzada del tipo que hemos enunciado...Por supuesto que si el particular no advierte que el sistema es igualmente perentorio para la Administración como para él, perderá la oportunidad procesal que la ley le asigna. Pero ello no será el resultado de la inactividad o morosidad administrativa, sino de su propia negligencia. Debemos partir de la certeza en cuanto a que, en plazo fijo la Administración resuelve expresa o fictamente. Eso es lo que la ley dispone. Es al particular a quien compete, en plazo legal, interponer los recursos o consentir la resolución operada. Vencido el plazo, aquella resolución (expresa o ficta) queda firme como cualquier otra en circunstancias similares...Que si bien el instituto de la negativa por silencio de la Administración forma parte integrante de la garantía del debido proceso y juega a favor del administrado, la Ley N° 2938 prevé su activación precisamente para la sustanciación de los recursos administrativos...”¹²⁰

Esta posición extrema, netamente contraria a los intereses del ciudadano común, hace pesar en él y de forma exclusiva la responsabilidad por el impulso procesal. Contraría así de manera flagrante lo prescripto por el artículo 2° inciso a) de la Ley N° 2938, el cual reza: “El procedimiento administrativo, se ajustará a los siguientes principios: a) Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones”.

¹²⁰Sentencia en autos “Bonacalza e Hijos S.R.L. c/Lotería de Río Negro s/Amparo por Mora s/Apelación – Sentencia N° 10/2002.

Esta postura es ratificada en el Fallo “Amx Argentina S.A.”¹²¹ del año 2008, del cual ya se hiciera referencia. Pero en este último Fallo se observa como novedad, que la opinión del Dr. Sodero Nievas, en minoría, abre las puertas a una nueva interpretación, entendiendo que no sería exigible esta continuación del trámite administrativo en el caso de silencio administrativo.

El Dr. Sodero Nievas fundó su voto en los siguientes puntos: 1) el acceso a la justicia, de acuerdo a la normativa internacional vigente; 2) el excesivo rigor formal; 3) el factor tiempo que funda la excepcionalidad de la solución del caso. Analizando este voto, el profesor Pravato expresa: “En este caso, no existe la obligación de interponer recursos administrativos debido a que no estamos frente a declaración alguna que sea susceptible de ser recurrida en los términos de los artículos 88, 91, 93, 95 y concordantes de la Ley A N° 2938, debiendo interpretarse que a partir del cumplimiento de los plazos previstos en el artículo 18 de esa misma Ley, sin que la Administración se haya expedido expresamente respecto a la cuestión planteada por el particular interesado -silencio de la Administración-, queda expedita la vía judicial. Lo que no implica que el particular no pueda optar por exigir un pronunciamiento expreso de la Administración en orden a la obligación que esta última tiene en tal sentido, conforme a las disposiciones legales de orden interno e internacional.”¹²²

Así, sobre estas bases se podría apoyar una nueva postura del máximo Tribunal de la Provincia cuando llegara la hora de decidir nuevamente en una causa donde se tratara el tema del silencio administrativo. Ello ocurrió el 25 de febrero de 2014, cuando el Superior Tribunal, con la nueva integración de sus miembros, dicta sentencia en la causa “Aguirre, Graciela Marta C/Provincia de Río Negro S/Ordinario S/Inaplicabilidad de Ley”, mediante la cual se resuelven algunas cuestiones que han sido planteadas en el presente trabajo como doctrinaria y/o legalmente confusas.

¹²¹STJ RN “Amx Argentina S.A. c. Departamento Provincial de Aguas de La Provincia de Río Negro y Consorcio General Roca de Riego y Drenaje” sentencia del 23/10/2008.

¹²² Pravato, Luis Emilio; “Los recursos administrativos contra el silencio de la Administración y la garantía del debido proceso. Breves reflexiones a partir de un interesante fallo del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro”, L. L. Patagonia 2009 (octubre), p. 1049.- Téngase presente que el Dr. Pravato hace referencia al viejo texto de la ley 2938. La nueva redacción tal cual la modificación efectuada por ley 5106, se encuentra reproducida en las páginas 67, 111 y 112.

Para analizar detenidamente el Fallo y la importancia del mismo, resulta indispensable efectuar un breve resumen de los antecedentes de la causa.

Por Decreto N° 778/00, del 26 de junio del año dos mil, el Gobernador de la provincia hizo parcialmente lugar al recurso jerárquico interpuesto por la actora revocando la sanción de cesantía que le había impuesto la Junta de Disciplina provincial, y le aplicó en su reemplazo una suspensión por treinta días. En el mismo acto, ordenó la reincorporación de la actora a su puesto de trabajo como médica del Hospital de San Antonio Oeste.

En virtud de ello, la actora intimó a la provincia -en la persona del Gobernador- para que le abonara la suma estimada al efecto en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le habría acarreado la aplicación de la sanción de cesantía impuesta por la Junta de Disciplina, luego revocada en sede administrativa; asimismo, ante la falta de respuesta a dicho requerimiento, formuló un pedido de *pronto despacho*, que tampoco obtuvo respuesta. Ante el silencio de la Administración, la actora interpuso la demanda de daños y perjuicios pertinente.

Corrido el traslado a la Fiscalía de Estado, en ejercicio de la representación legal de la provincia, ésta opuso las excepciones de prescripción y de inhabilitación de jurisdicción y, subsidiariamente, contestó la demanda. Como fundamento de la segunda de las defensas articuladas expresó que, vencido el plazo del pedido de *pronto despacho* para que se expidiera el Gobernador, la actora no interpuso el recurso de revocatoria que la Ley de Procedimiento Administrativo exige como requisito ineludible para la habilitación de la instancia. En consecuencia la demanda habría devenido extemporánea por haber sido interpuesta sin que previamente se hubiera deducido el recurso de revocatoria (artículo 91 de la Ley N° 2938) y, por ende, se haya agotado la instancia administrativa.

Llegado el momento de resolver, la Cámara entendió que resultaba procedente la excepción articulada porque la instancia administrativa no había sido agotada con carácter previo a la interposición de la demanda. En ese orden de ideas, expresó que "...la acción contencioso-administrativa tiene por finalidad dejar sin efecto un acto administrativo, el cual no existía en el caso de autos. Agregó que, ante el silencio de la Administración, la requirente debió interponer en el plazo de diez días el recurso de reconsideración (artículos 91 y 92 de la Ley N° 2938) y que, al no haberlo hecho, la vía

administrativa quedó trunca por falta de una declaración que adquiriera los atributos de firmeza o que causara estado como cosa juzgada administrativa.”¹²³

La Cámara de Apelaciones no había hecho otra cosa que aplicar la jurisprudencia ya detallada y vigente hasta entonces del Superior Tribunal de Justicia. Pero, como se expusiera anteriormente, esta decisión se basaba en una interpretación un tanto ilógica de la Ley N° 2938, en especial del instituto del silencio administrativo, exigiendo a una de las partes el cumplimiento estricto de todos los requisitos procesales, mientras que beneficia a la otra parte pese a su inacción procesal.

Con su nueva integración, el Superior Tribunal efectuó una interpretación distinta sobre los hechos planteados y dejó en claro algunos conceptos. El siguiente párrafo del fallo aquí analizado resume acabadamente los conceptos fundamentales de esta nueva jurisprudencia.

“...Es claro, según mi parecer, que la ausencia de todo acto expreso no puede constituir el objeto de ninguna impugnación... En esas condiciones, pretender extender la vía administrativa más allá de la etapa efectivamente cumplida (esto es, la formulación del reclamo y su negativa por silencio de la máxima autoridad provincial), cuando en nuestro derecho público local procesal no hay ninguna norma legal expresa que disponga que, luego de operadas las condiciones para considerar que la reclamación previa ha sido denegada por silencio, deba continuarse -sucesivamente- con la interposición de recursos administrativos para recién entonces tener expedita la instancia judicial, conllevaría un exceso ritual manifiesto y supondría avanzar sobre principios como la tutela judicial efectiva y la garantía de revisión judicial de la actuación administrativa que instituyen la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8.1 y 25 (incorporados al texto constitucional por vía del artículo 75 inciso 22° de la Constitución Nacional)...”

Este argumento netamente teórico va a ser respaldado por una cuestión eminentemente fáctica: “A mayor abundamiento cabe señalar que, en el presente caso, el representante de la Fiscalía de Estado, además de interponer la excepción de falta de agotamiento de la vía, procedió a contestar de manera subsidiaria la demanda, negando en dicha oportunidad el derecho que se peticiona, razón por la cual obligar a la actora a retornar a la instancia administrativa -a los fines de interponer un recurso de reposición

¹²³Extracto de la sentencia de Cámara en la causa “Aguirre” ya citada.

contra la denegación tácita del titular del Poder Ejecutivo Provincial- cuando ya se ha adelantado en el expediente la opinión negativa, exacerbaría doblemente el rigor formal, en desmedro del principio de la tutela judicial efectiva y la garantía de revisión judicial de la actuación administrativa.”¹²⁴

Esta nueva postura del Máximo Tribunal se presenta como un gran avance en la jurisprudencia del derecho administrativo provincial, y será tomado como basamento para la ley procesal administrativa que dos años más tarde vería la luz en la provincia.

En efecto, la aprobación de un código contencioso administrativo era una de las asignaturas pendientes dentro del ordenamiento jurídico de la provincia de Río Negro. Si bien en la corta historia de nuestro derecho público provincial, fueron presentados ante la Legislatura diversos proyectos de ley, ninguno de ellos había podido superar las observaciones y críticas que les efectuaran a su contenido y redacción.

Como ya se analizara, una de las consecuencias de esta irregular situación sin lugar a dudas era la diversificación de normas aplicables. Dicha situación ha sido destacada por el Profesor Miguel Volonté, quien afirma: “La ausencia de codificación ha tenido como efecto negativo la dispersión de criterios, con el consecuente menoscabo a la seguridad jurídica. A falta de una regulación específica en la materia, se aplica supletoriamente el Código de Procedimiento Civil y Comercial (Ley P N° 4.142) y el procedimiento laboral contenido en la Ley P N° 1.504 en materia contencioso administrativo laboral.”¹²⁵

Todas estas pretensiones, normales y cotidianas en los procesos administrativos, se veían dificultadas puesto que se encontraban regladas por diferentes normativas (Ley N° 2959, Ley N° 2938, Decreto N° 1187/96, entre otras). O aún no habían sido incorporadas al Ordenamiento Jurídico Provincial, como es el caso del amparo por mora de la Administración. Esta especial situación cambia a partir de abril de 2016 con la sanción de la Ley N° 5106 que crea el Código Procesal Administrativo de Río Negro.

¹²⁴ Ambos párrafos pertenecen al voto del Dr. Ricardo Apcarián.

¹²⁵ Volonté, Miguel, ob. Cit. p. 322.

CAPITULO VI

EL CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

6.1.- LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS DE CODIGOS PROCESALES ADMINISTRATIVOS PARA RÍO NEGRO

Distintos fueron los intentos de presentar ante la Legislatura Provincial proyectos de ley destinados a regular positivamente el proceso judicial administrativo. Hasta abril de 2016, ninguno de ellos había podido superar la etapa de tratamiento en el recinto legislativo, ya sea por observaciones efectuadas al mismo, por críticas a su redacción o por mera desidia o falta de interés de los legisladores de turno.

La mayoría de estos proyectos han quedado como meras iniciativas o esfuerzos de distintos actores del derecho, quienes vieron frustrados sus intentos en gran medida por no contar con el suficiente apoyo político.

No obstante, un renovado impulso pudo observarse en los últimos años. Sin perjuicio de la potencial relevancia de otros antecedentes, a los efectos de los objetivos planteados en este trabajo en el presente capítulo se analizarán el Proyecto de Ley N° 150/2005 de Código contencioso administrativo y la propuesta de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Legislatura de la Provincia de Río Negro (Año 2012); el Proyecto de Ley N° 99/2015 de Código Procesal Administrativo; y el Proyecto de Ley N° 181/2015 de creación del Código Procesal Administrativo en la Provincia de Río Negro, que finalmente ha conseguido su aprobación en la Legislatura provincial en sesión del 28 de abril de 2016.

6.2.- EL PROYECTO DE LEY 150/2005 DE CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO (AÑO 2012)

En el año 2005 se impulsó el Proyecto de Ley N° 150/2005, de Código Contencioso Administrativo, el cual había sido presentado bajo la modalidad de iniciativa popular, instituto incorporado al texto de la Carta Magna Provincial en su artículo 2. El mismo, contaba con el apoyo del Colegio de Abogados de Viedma y había llegado a tener en el año 2008 media sanción en la Legislatura Provincial.

Con la intención de profundizar en esta temática y propuesta de legislación, en el año 2012 el entonces Presidente de la Legislatura, don Carlos Peralta, convocó a un grupo de abogados especializados en la materia que prestaban servicio jurídico en los tres poderes del Estado. Bajo la coordinación de la presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Legislatura, Dra. Ana Piccinini, se conformó una comisión de trabajo de la cual participaron, entre otros, las doctoras Silvana Mucci y Ana Julia Buzzeo, en representación del Poder Judicial, las doctoras Sandra Eizaguirre y Lucrecia Rodrigo, en representación de la Fiscalía de Estado, el Dr. José Maestro Frayssinet, representando a la Legislatura Provincial, el Dr. Carlos Da Silva por el Tribunal de Cuentas, el Dr. Miguel Volonté, en representación del Departamento Provincial de Aguas y quien suscribe, como representante del Ministerio de Gobierno de la provincia.

Las reuniones comenzaron en abril de 2012 y se prolongaron por varios meses. Al poco de iniciado el trabajo, los integrantes de esta comisión observaron que eran más las disidencias con el texto del proyecto que las concordancias que tenían con él.

Es que el Proyecto de Ley N° 150/2005 proponía, entre otras cosas, un sistema pétreo de agotamiento de instancia administrativa previa. En los fundamentos el autor del proyecto toma postura por la corriente doctrinaria que sostiene que esta prerrogativa estatal se encuentra regulada expresamente en la Constitución de Río Negro (postura ya analizada oportunamente). Asimismo regula un control de admisibilidad ejercido de oficio por el tribunal interviniente.

Amén de lo anterior, este proyecto mantenía la división del fuero determinando las competencias de las Cámaras Civiles y de las Cámaras Laborales en forma separada. Con respecto al silencio administrativo, obligaba al reclamante a recurrir en sede administrativa hasta agotar la instancia, pero no hacía correr ningún plazo de caducidad. Con respecto a la legitimación activa, mantenía una postura tradicional.

Como punto destacable se puede mencionar la ampliación del plazo de caducidad de los 30 días actuales a 6 meses contados desde la notificación fehaciente del acto que agota la instancia.

Incentivados por la amplia libertad de acción que otorgaran las autoridades legislativas, por unanimidad se decidió entonces la elaboración de un nuevo proyecto, de autoría propia de la comisión, el cual podría amalgamar por un lado los antecedentes y costumbres locales, extraídas de sus propias vivencias y experiencias laborales, y por el otro las opiniones más novedosas de la doctrina administrativa, tanto nacional como latinoamericana.

A partir de ese momento dio comienzo el trabajo de investigación y elaboración de un texto que no solamente pudiera completar las lagunas legales existentes, sino que también pudiera reflejar los avances doctrinales y jurisprudenciales que existían en la materia.

No resulta útil al presente trabajo reproducir todas las deliberaciones de dicha Comisión, ni las sabrosas discusiones que se dieran a la hora de analizar los distintos institutos que contemplaba el proyecto. Pero cabe ser utilizado como antecedente legislativo, al estudiar la forma en que dicho proyecto resolvió las cuestiones planteadas en el presente trabajo.

Respecto de los requisitos que se exigen para habilitar la instancia judicial, la propuesta legislativa contemplaba los institutos de la legitimación activa, el agotamiento de la instancia administrativa y el plazo de caducidad, con la particularidad que sobre estos dos últimos institutos le otorga el silencio de la Administración.

En cuanto a la legitimación activa, el proyecto establecía en su artículo 3 quienes podrían presentarse procesalmente ante la Administración: “Artículo 3º.- Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses legítimos

tutelados por el ordenamiento jurídico. Y en su artículo 4 continuaba: “Se conferirá, asimismo legitimación a cualquier habitante de la Provincia de Río Negro que invoque la defensa de la legalidad y el interés en el cumplimiento de un precepto constitucional, ley, decreto, ordenanza o cualquier otra normativa que se encontrare afectada en virtud del principio de legalidad constitucional. En este último caso, la decisión que se adopte tendrá carácter declarativo y será puesta en conocimiento de la autoridad correspondiente a efectos de promover la nulidad de la normativa o acto que por decisión judicial haya sido declarada ilegítima. La legitimación amplia que se confiere en el presente estará sujeta a los mismos requisitos de habilitación de instancia que se exige al particular afectado por el acto lesivo, haya éste promovido o no la reclamación administrativa o judicial consecuente.”

Con respecto a la necesidad de agotar la instancia administrativa, el anteproyecto de Ley analizado establecía un sistema tradicional de cumplimiento estricto de la vía recursiva, en forma previa a la posibilidad de interponer la demanda judicial: “Artículo 8º.-Previo a promover la pretensión procesal será preciso haber cumplido con el agotamiento de los recursos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo frente a la Administración pública provincial, centralizada y descentralizada y los Poderes Legislativo y Judicial, y el Consejo de la Magistratura en el ejercicio de la función administrativa, como así también de las municipalidades y de cualquier otro órgano o ente dotado de potestad pública, con facultad para decidir en última instancia administrativa”.

Este proyecto también determinaba que el recurso de revocatoria contra el acto administrativo individual, tendría carácter facultativo.¹²⁶ Esta simple modificación redundaba en un acortamiento considerable en los trámites que deben efectuarse en el ámbito de la Administración, ya que evitaba que obligatoriamente se recurriera ante el mismo órgano que dictó el acto atacado, para que, contrario imperio, resolviera en forma diferente a la ya efectuada.

Asimismo, en el artículo 20, se determinaban las situaciones precisas donde no haría falta tramitar previamente el reclamo administrativo y los interesados podrían

¹²⁶ Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo – Año 2012 - Artículo 13º - “Será optativo para el particular deducir recurso de revocatoria o reconsideración contra la autoridad que dictó el acto administrativo. El mismo deberá ser interpuesto dentro de los 10 días hábiles administrativos desde notificada la resolución que se impugna y será resuelto en el mismo plazo. En este caso el plazo para recurrir en instancia jerárquica quedará interrumpido, salvo que el recurso jerárquico se hubiere interpuesto en subsidio.”

acudir en forma directa a la Justicia. Como ejemplos podemos citar las acciones por desalojos, demandas por daños y perjuicios extracontractuales, demandas por daños extracontractuales del Estado o declaración de inconstitucionalidad de una norma.¹²⁷

De lo anterior se desprende que este proyecto, si bien imponía la necesidad del agotamiento de la instancia administrativa como norma básica de aplicación, introducía ciertas modificaciones que hacían menos estricta y desgastante la obligatoriedad procesal regulada.

Con respecto al tratamiento que se le confiere al instituto del silencio administrativo, el anteproyecto establece claramente la necesidad de continuar con la interposición de los recursos administrativos hasta agotar la instancia, pese a la falta de respuesta expresa por parte de la Administración, respetando en este punto la redacción del proyecto 150/05.

Para el plazo de caducidad y la necesidad de su inclusión en el articulado, se presentó la moción de no establecer un plazo de caducidad, entendiendo que el instituto de la prescripción es el que debería aplicarse para determinar el agotamiento del derecho por el transcurso del tiempo, máxime si lo que se está resolviendo son cuestiones de índole patrimonial (existiendo daños y perjuicios).

Pese a que se hiciera referencia a la postura jurisprudencial mediante la cual se ve con preocupación cuando normas de índole procesal limitan el acceso a la justicia con plazos excesivamente cortos, la postura mayoritaria argumentó a favor de regular este plazo en el tiempo más largo considerado por los ordenamientos jurídicos provinciales: 90 días hábiles judiciales, contados desde que la resolución que agota la instancia administrativa fue notificada personalmente o por cédula al interesado.

La redacción final fue la siguiente: "*Artículo 17º. - Jurisdicción Contencioso Administrativa.- Habilitación.- Plazos: En todos los casos que corresponda la jurisdicción contencioso administrativa, la cuestión deberá ser promovida con las formalidades de*

¹²⁷ Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo – Año 2012. Artículo 20.- "Excepciones al Agotamiento de la Vía Administrativa: No será necesario el agotamiento de la instancia administrativa, sin perjuicio de la competencia contencioso administrativa cuando: a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado provincial. b) Se intentare contra el Estado provincial o municipal acción de desalojo o interdicto posesorio. c) Se invocare como fundamento de la pretensión la necesaria declaración de inconstitucionalidad de una norma. d) Se promoviere contra el Estado una acción de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual o con fundamento en la responsabilidad lícita del Estado."

demanda ordinaria dentro del término de noventa (90) días hábiles judiciales, contados desde que la resolución que agota la instancia administrativa fue notificada personalmente o por cédula al interesado.”

Como se puede apreciar, se determina un plazo más amplio y se establece que el mismo comienza a correr a partir de su notificación, excluyendo la posibilidad de que se produzca la caducidad en el caso de silencio de la Administración. No obstante, este proyecto insiste en la necesidad de continuar con la tramitación administrativa, pese a la desidia demostrada por la misma al no responder el reclamo presentado.

Como elementos más destacables de este proyecto elaborado por la mencionada comisión, se desprende la intención de los redactores del mismo de implementar un verdadero control de legalidad ciudadano, a través de una legitimación amplia reconocida en el texto. Las bondades de este sistema ya fueron expuestas. Solo vale agregar que esta redacción resulta concordante con los fines y objetivos que nos marcó la reforma constitucional del año 1994, y en un todo acorde con la moderna relación entre derecho y sociedad que la misma pregonaba.

Asimismo se regula en forma clara la imposibilidad de utilizar el silencio administrativo en contra de los intereses del ciudadano, se agiliza el agotamiento de instancia eliminando el recurso de reconsideración obligatorio y se amplía el plazo de caducidad a 90 días.

Como se verá más adelante, esta propuesta no continuó siendo trabajada como tal. Sin embargo, su redacción y las conclusiones a las cuales llegara el grupo de trabajo promotor, se constituyeron en la base del Proyecto de Ley N° 181/2015, finalmente aprobado como Ley 5106, del cual la Dra. Silvana Mucci, Secretaria de Superintendencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, es coautora.

6.3- EL PROYECTO DE LEY N° 99/2015 DE CREACION DEL CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO

A comienzos del año 2015, el abogado viedmense Mg. Miguel Cardella presentó ante la Legislatura de la Provincia de Río Negro un proyecto de ley para la

creación de un Código Procesal Administrativo provincial. Este proyecto fue interpuesto bajo la figura de iniciativa popular contemplada en la Carta Magna Provincial.

Tras el rechazo al proyecto que tramitara bajo el N° 150/2005, la comisión citada en el punto anterior venía produciendo grandes avances sobre un nuevo marco de referencia teórico y doctrinal. Es en ese contexto que se propone esta nueva iniciativa registrada bajo el número 99/2015, que en lo esencial reinstala el proyecto del año 2005 con nueva versión actualizada del presentado por el mismo autor.

Como puntos salientes puede destacarse que el proyecto incorpora la jurisprudencia más actualizada del Superior Tribunal de Justicia. Asimismo innova en la instalación de un proceso prácticamente oral, que de ser aprobado, podría acortar sensiblemente la duración del mismo.

Como punto cuestionable, el proyecto analizado renuncia en su mero comienzo a un tema que varios abogados administrativistas vienen sosteniendo desde hace años: La creación del fuero contencioso administrativo en forma autónoma de los órganos de otros fueros existentes.

Como ya se explicara, la Constitución Provincial en sus cláusulas transitorias establece una jurisdicción provisoria en manos de las Cámaras Civiles y del Trabajo, según su competencia, hasta tanto sea creado el fuero Administrativo. El reclamo por la creación del mismo se ha mantenido desde la reforma constitucional del año 1988 a la fecha. No obstante ello, el proyecto en análisis determina en su artículo 1° que: “El Fuero Administrativo de Río Negro estará a cargo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Minería y en lo Administrativo y de Cámara del Trabajo que integran la Organización Judicial de la Provincia.”

En la práctica, lo que se propone es un sistema un tanto confuso, donde el fuero administrativo funciona como una materia más que tramitan las Cámaras existentes. Un Magistrado de cada Cámara será el designado para que actúe como 1° instancia y la apelación recaerá en los otros integrantes.

Esta posición resulta incompatible con lo que se viene pregonando desde hace años. El fuero administrativo detenta por sí mismo la suficiente importancia como para que se incorpore en forma plena, con órganos jurisdiccionales propios y funcionarios y magistrados especializados en la materia.

Sobre la legitimación activa, se mantiene una postura tradicional, exigiendo la invocación de una “lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados...”.

Atento lo anteriormente explicado y en este aspecto del procedimiento propuesto, el texto del mismo restringe una participación ciudadana que podría ser mucho más rica y comprometida, acorde a los contenidos, fines y objetivos de la filosofía jurídica que inspirara y redactara la reforma de la Constitución Nacional del año 1994.¹²⁸

Sobre la necesidad o no de agotar la instancia administrativa, este proyecto no introduce mayores novedades a los procedimientos analizados anteriormente. Como norma general determina la necesidad de cumplimentar en su totalidad con los recursos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2938. A diferencia del analizado ut supra, al establecer la necesidad de interponer el recurso de revocatoria en forma obligatoria para agotar la instancia, no produce ningún avance con la situación de la burocracia actual que se criticara oportunamente. Incluso esta misma solución se elige como apropiada de manera expresa para aquellos actos individuales emanados de contratos administrativos.

No obstante ello, el proyecto determina también una serie de excepciones al principio del agotamiento de la instancia. En su artículo 12 se reproduce prácticamente en forma textual el artículo 20 del anteproyecto analizado en el punto 6.2.

Al momento de regular el silencio de la Administración, se utiliza como fuente la doctrina emanada del fallo “Aguirre”¹²⁹. Así, el artículo 11 del proyecto, reza: “Silencio tácito. En el supuesto de silencio que establece la Ley de Procedimiento Administrativo para agotar la instancia administrativa, el particular no está obligado a impugnar en sede administrativa la denegatoria tácita para acceder a la jurisdicción administrativa.” Es una redacción sencilla, de fácil lectura, que soluciona de manera apropiada una situación procesal que históricamente ha sido objeto de eternas discusiones doctrinarias y, en los hechos, una incuestionable fuente de confusiones y conflictos en la tramitación de los reclamos.

¹²⁸ Proyecto de Ley N° 99/2015.- Artículo 5°.- “DE LA LEGITIMACIÓN PARA ACTUAR EN JUICIO. Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.”

¹²⁹ Sentencia en causa “Aguirre, Graciela Marta C/ Provincia De Rio Negro S/ Ordinario S/ Inaplicabilidad De Ley” -Expte N° 25350/11-STJ

Por último, el plazo de caducidad es un instituto que permanece en el proyecto, aunque eleva el mismo a 90 días: “Artículo 13°.- Plazo para demandar. Agotada la vía administrativa la demanda judicial podrá ser promovida dentro del plazo de noventa (90) días contados desde que la resolución fue notificada personalmente o por cédula al interesado.”

Debe recordarse que no se hace referencia a otros aspectos del proyecto que no se relacionan con este trabajo, como por ejemplo la oralidad de instancia, la cual resulta por demás original y digna de un estudio mucho más adecuado y profundo del que podemos realizar aquí.

En suma, el proyecto analizado tiene como principal innovación legal la que aparece en el artículo 11 al momento de regular el instituto del silencio administrativo. Allí el proyecto evoluciona en comparación con otras legislaciones provinciales, y aplicando la jurisprudencia aceptada por el Superior Tribunal de Justicia ya analizada, resuelve el conflicto jurídico de manera sencilla, inclinando la balanza a favor de los intereses del ciudadano.

Por lo demás, y con la salvedad de la aceptación de órganos jurisdiccionales propios de otros fueros para esta materia, el proyecto en general no introduce mayores novedades procedimentales. A la hora de tratar los institutos aquí estudiados, opta por una regulación clásica, sin dar respuesta a las exigencias que desde el moderno derecho administrativo global se le exige para una tutela judicial efectiva.

6.4- LEY N° 5106, DE CREACION DEL CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO (Proyecto N° 181/2015)

El 4 de mayo de 2015, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro elevó a la Presidencia de la Legislatura un proyecto de ley que propiciaba una reforma legislativa destinada a regular el proceso contencioso administrativo. Si bien contaba con la firma y respaldo de la totalidad de los integrantes del máximo Tribunal, sus principales redactores fueron los Drs. Ricardo Apcarián y Silvana Mucci.

El proyecto es presentado en uso del derecho de iniciativa legislativa reconocido por el inciso 4º del artículo 206 de la Constitución Provincial, y en sus fundamentos, se hacía mención a la falta de una norma que regulara este procedimiento, manifestando que se ha tenido en consideración a la hora de su elaboración "...los importantes intentos que han existido para cumplir con esta manda constitucional...".

Dentro de los antecedentes que fueron tenidos en cuenta a la hora de redactarlo y que son detallados en los fundamentos, se mencionan "...las conclusiones del grupo de trabajo que fuera convocada por la presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales durante el año 2012." Estas conclusiones son las analizadas en el punto 6.2 del presente capítulo.¹³⁰

Con fecha 28 de abril de 2016, y con votación unánime de los legisladores presentes, este proyecto es aprobado en segunda vuelta y se sanciona la Ley N° 5106, cumpliendo así con el mandato constitucional pendiente, de legislar un código procesal administrativo en la Provincia.

Paralelamente esta ley efectúa una modificación al régimen recursivo de la ley de Procedimiento Administrativo N° 2938. Como nota positiva se destaca que en el artículo 91, al momento de regular el recurso de revocatoria, establece que: "Cuando la declaración sea definitiva y no provenga de los titulares de Poder el recurso de revocatoria será optativo."¹³¹

¹³⁰ Fundamentos del proyecto de ley N° 181/15. "Sin embargo no podemos desconocer los importantes intentos que han existido para cumplir con esta manda constitucional y por ello en la elaboración del proyecto que se remite se tuvo especial consideración el proyecto de ley 254/96 que tuviera media sanción el 07.11.1996 y se publicara en el Boletín Informativo N° 62/96 y el proyecto 150/2005, sancionado en primera vuelta el 08.10.2008, publicado en el Boletín Informativo 47/2008. También se sumó como antecedente el trabajo realizado por el Taller de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Viedma que funcionó durante el año 2002 y las conclusiones del grupo de trabajo convocado por la presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales durante el año 2012. Todos los textos citados han sido fuente del articulado que se remite, en especial el último trabajo que fuera consensuado por un equipo de profesionales integrantes de distintos estamentos del Estado."

¹³¹ Ley 2938, artículo 91.- "El recurso de revocatoria procederá contra las declaraciones administrativas que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 88, aún en el supuesto que la declaración impugnada emanara del Poder Ejecutivo o de los otros titulares de los poderes constituidos, en ejercicio de la función administrativa. Deberá ser interpuesto dentro del plazo de diez (10) días, directamente ante el órgano que dictó el acto y resuelto por éste sin sustanciación, salvo medidas para mejor proveer, dentro de los diez (10) días de encontrarse el expediente en estado.

Cuando la declaración impugnada sea definitiva y emane de la más alta autoridad con competencia para resolver, la decisión que recaiga en el recurso de revocatoria o su denegación por silencio agotarán la vía administrativa. Cuando la declaración sea definitiva y no provenga de los titulares de Poder el recurso de revocatoria será optativo."

Esta simple modificación agiliza notablemente la tramitación administrativa, sin perjuicio de poner además, claridad en el proceso. El acto administrativo que emana de una autoridad inferior de cualquiera de los Poderes del Estado, no requiere ser atacada mediante un recurso de revocatoria, el cual en muy contadas ocasiones podrá ser efectivo, por cuanto es la misma autoridad que ya se expidió anteriormente, a la cual le estamos solicitando que, por contrario imperio, corrija su decisión.

La solución adoptada por la ley resulta ser por demás lógica. Quedará a criterio del recurrente volver a acudir a la misma autoridad que dictó el acto, De entenderlo superfluo o inconveniente, directamente presentará el recurso jerárquico. Como se puede apreciar, el largo camino hacia el agotamiento de instancia se ha acortado en un tramo.

Comenzando con el análisis del contenido del Código propiamente dicho, específicamente de los puntos relacionados a la temática en estudio, vemos que en su artículo 1º no regula la jurisdicción de las Cámaras Civiles y Laborales, como sí lo hace el proyecto de Ley N° 99/2015. Así establece: “Artículo 1º.- Competencia material. Corresponde a los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo el conocimiento y decisión de las causas en las que sean parte los Estados provincial o municipal, sus entidades descentralizadas y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas.”

Esta redacción deja abierta la posibilidad de creación de un fuero y órgano jurisdiccional específico con competencia en lo contencioso administrativo, más acorde a la especialización que hoy en día impera en el mundo jurídico y la fundamental existencia de este fuero especializado. Y si bien en sus cláusulas transitorias mantiene la distribución de fuero en las Cámaras Civiles y Laborales, ordena que en un plazo de cinco años, se deberá crear el fuero contencioso administrativo.

Un rasgo distintivo de este proyecto es que establece una competencia administrativa de carácter subjetivo. Es decir, que todo juicio en el que el Estado sea parte, recaerá en este fuero, alejándose de un criterio material, en el cual la importancia recaía en el cuestionamiento de actos administrativos o en el ejercicio de la función administrativa.

Esta interpretación es concordante con la jurisprudencia del máximo Tribunal tal como lo resaltaba el Dr. Volonté en estos términos: “En síntesis, para el Superior Tribunal de Justicia, siempre que en el conflicto se encuentre controvertido un hacer o no

hacer de la Administración y se aplique para su resolución principios del derecho administrativo, la competencia será contencioso administrativa con la sola excepción de casos de responsabilidad extracontractual que serán competencia de la justicia civil.”¹³²

Por otra parte, en el capítulo II se establecen los requisitos necesarios para habilitar la instancia judicial. El primero de ellos es la legitimación activa. En este punto, toma distancia de las conclusiones de la comisión que utiliza como referencia (ver punto 6.2) y regula una legitimación más restringida, la cual deberá ser invocada por el demandante: “Artículo 5º.-Legitimación activa. Toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos, o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico está legitimada para deducir las pretensiones previstas en este Código.”

Téngase presente que no limita el accionar a un derecho subjetivo afectado, ni tampoco incorpora la figura de interés legítimo, extraña a la materia administrativa. Sin embargo no abre el espectro participativo en cuanto a la legitimación, acorde a las nuevas pautas jurídicas que la reforma constitucional del año 1994 ha incorporado en nuestro Ordenamiento.

Respecto de la necesidad o no de agotar la instancia administrativa para poder acceder a la instancia judicial, establece: “Artículo 6º.- Agotamiento de la vía administrativa. Previo a promover la pretensión procesal, será preciso haber recorrido las vías previstas en el Título VII de la Ley A N° 2938, a fin de obtener un acto administrativo definitivo que cause estado.”

El artículo 7º de la ley introduce algunas excepciones al principio antes expuesto¹³³. Las mismas amplían las excepciones establecidas en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo con la reforma introducida por la ley 25344¹³⁴

¹³² Volonté, Miguel; ob. cit. P. 331.-

¹³³ Artículo 7º.- Excepciones al agotamiento de la vía administrativa. No será necesario el agotamiento de la instancia administrativa cuando: a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado provincial. b) Se intentare acción de desalojo o interdicto posesorio contra el Estado provincial o municipal. c) Se invocare como fundamento de la pretensión la necesaria declaración de inconstitucionalidad de una norma. d) Se promoviere una acción de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual o con fundamento en la responsabilidad lícita del Estado. e) Se persiga el cobro de haberes por la vía de la Ley P n° 1504, en temas de tutela sindical y en reclamos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En los supuestos de los incisos a; b, c y d, previo a correr traslado de la demanda o acción entablada, el Juez o Tribunal actuante dará intervención a la Comisión de Transacciones Judiciales conforme a lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley K N° 3233.”

¹³⁴ Ley 19549 - ARTICULO 32.- El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando:

Con un buen criterio ordena en los casos contemplados por los incisos a, b, c y d, la intervención obligatoria de la Comisión de Transacciones (ley 3233), un órgano local destinado a evitar la litigiosidad innecesaria y bajar los costos y costas de los pleitos, intentando un arreglo previo.

Téngase presente, que una de las críticas al sistema de agotamiento de instancia efectuadas por el Dr. Cámpora al momento de ser entrevistado se resumía en que “Existiendo la vista previa a la Comisión Judicial de Transacciones, cualquier paso previo a la demanda directa es una demora innecesaria para el administrado”¹³⁵

De una simple lectura a las excepciones incluidas se puede apreciar que, en virtud a las características propias de cada una de ellas, la existencia de un trámite previo administrativo resulta por demás superfluo.

Se presenta como una buena solución que estos casos especiales, se excluyan del sistema de agotamiento normal y se limiten a la participación de este Órgano especial, el cual se encuentra integrado, entre otros actores, por el Fiscal de Estado, quien en los hechos, es el profesional que decide técnicamente cualquier recurso jerárquico o de alzada que sea interpuesto.

También se excluyen expresamente reclamos de índole laboral, como el caso de cobro de haberes, cuestiones de tutela sindical y accidentes y enfermedades laborales. Dichos reclamos, como ya se mencionara, tramitarán en instancia única ante las Cámaras Laborales, situación que ha sido reiteradamente criticada en el presente trabajo.

No obstante todo lo anterior, la intransigencia del sistema se ve plasmada con la redacción del artículo 13, en donde pone a cargo del magistrado la verificación del cumplimiento de los requisitos aquí establecidos: “Artículo 13.- Admisibilidad y traslado de la demanda. Presentada la demanda en la forma prescripta, el Tribunal, dentro de los diez (10) días, se pronunciará sobre la admisión del proceso, verificando de oficio el cumplimiento de los recaudos consignados en los Capítulos I y II de este Código.”

La “verificación de oficio” de los requisitos legales por parte del Juez interviniente ha sido muy criticada por nuestra doctrina nacional. Incluso se ha llegado a

a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente;

b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.

¹³⁵ Entrevista realizada al Dr. Raúl Cámpora. Pregunta N° 1. Ya enunciada en Nota 57.

cuestionar la constitucionalidad de este requisito.¹³⁶ El texto analizado establece que será el Juez quien determine, en forma obligatoria, rigurosa y como condición de aceptación de la causa, el cumplimiento de esta formalidad.

El artículo en cuestión resulta por demás criticable. Determina como condición de intervención el cumplimiento de un rigorismo excesivo injustificable desde el punto de vista jurídico.

¿Cuál puede ser el valor jurídico que se intenta proteger con esta redacción? Desde ya que no es el derecho del ciudadano a una tutela judicial acorde a las exigencias del derecho administrativo global. De ser así, la única explicación posible a su incorporación es la de beneficiar innecesariamente a la parte más fuerte de esta relación jurídica.

Asimismo, esta exigencia le quita la facultad al Estado demandado de optar por contestar la demanda, pese al incumplimiento existente. Póngase como supuesto que el Estado desea encuadrar su accionar dentro de los principios que establece la Constitución Provincial¹³⁷ y al ver que se ha producido una injusticia, desea remediarla. Recuérdese que su accionar siempre deberá estar orientado hacia la determinación oficiosa de la verdad.

En este supuesto, será la ley misma la que impida que se cumpla con este principio constitucional, por cuanto el juez, de oficio, estará obligado a rechazar la demanda por incumplir con alguno de los requisitos de admisibilidad regulados.

De allí que no se observa mérito alguno para aceptar este tipo de rigorismo, el cual se presenta, a nuestro criterio, como innecesario anacrónico y a contramano de la actual doctrina administrativa.

Respecto al plazo de caducidad, la ley lo prevé expresamente en su articulado: “Artículo 10.- Plazo de interposición. La demanda debe deducirse dentro del término de treinta (30) días, contados desde que la resolución que agota la instancia administrativa fue notificada personalmente o por cédula al interesado. Cuando la vía administrativa se agota

¹³⁶Cassagne, Juan Carlos; “Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa”, La Ley, 09/08/2011.

¹³⁷Constitución de la Provincia de Río Negro. PRINCIPIOS Artículo 47.- “La Administración pública provincial y en lo pertinente la municipal, están regidas por los principios de eficiencia, austeridad, centralización normativa, descentralización, desconcentración, imparcialidad, equidad, igualdad y publicidad de las normas o actos. Su actuación está sujeta a la determinación oficiosa de la verdad, con celeridad y economía, sencillez en el trámite, plazos breves, participación y procedimiento público e informal para los administrados.”

por resolución tácita, la acción puede interponerse en cualquier momento antes de la prescripción.”

El exiguo plazo de 30 días para la interposición de la demanda es mantenido, pese a que tal como se afirma en este trabajo, a la hora de establecer nuevas legislaciones es sino imperativo más que recomendable ampliar el mismo hasta los 90 días. La importancia de la cuestión es subrayada por el Dr. Raúl Cámpora: “La garantía judicial efectiva se da en condiciones de igualdad con cualquier otro instituto del derecho, en sus principios generales. El plazo de 30 días representa, para el ciudadano común, una caducidad de su derecho, y como tal, debería aplicarse con carácter totalmente restrictivo y con plazo más razonable. Nótese que las acciones posesorias, tiene un plazo de caducidad de 1 año y la caducidad de instancia es de 3 meses, por lo que, el plazo de 30 días de causación de estado, es totalmente exiguo y violatorio del derecho de defensa.”¹³⁸

Como cuestión positiva, el artículo aquí cuestionado agrega un segundo párrafo en el cual se determina que, para el caso de silencio de la Administración, no correrá ningún plazo de caducidad, sino que se aplicará la prescripción.

Por último, la nueva ley establece un trámite diferente para aquellos reclamos presentados por ciudadanos ante las autoridades estatales, y que no tengan como objeto el ataque o impugnación de un acto administrativo ya existente, para lo cual modifica el art. 94 de la Ley N° 2938. Es la comúnmente llamada vía de reclamación administrativa: “Artículo 94.- En los supuestos de inexistencia de acto administrativo impugnado se requerirá, a efectos de agotar la vía administrativa, la formulación de una reclamación ante el titular de los Poderes constituidos dentro de plazo de prescripción. El titular del Poder requerirá informe circunstanciado al Ministro del área y resolverá la reclamación, previo dictamen del Fiscal de Estado, dentro de los treinta (30) días contados desde su recepción, plazo que podrá ser prorrogado fundadamente cuando se requiera la ampliación o emisión de informes técnicos. La resolución emanada del titular del Poder o su denegación por silencio agotan la vía administrativa, sin necesidad de interponer recurso de revocatoria”.

Como primer análisis de este artículo surge en forma clara que se ha llevado a la ley positiva la postura sumida por el Superior Tribunal de Justicia en la sentencia de la causa “Aguirre” anteriormente analizada.

¹³⁸Entrevista personal efectuada al Dr. Cámpora agregada al Anexo I de la presente.

Téngase presente que se regula en forma precisa que no hace falta interponer recurso de revocatoria para las decisiones que emanan del titular del Poder cuando se trata de un reclamo administrativo, por más que surjan de una denegatoria tácita por silencio. Recordemos que este fue el caso que originara la sentencia “Aguirre”, un reclamo al titular del Poder Ejecutivo que no había sido contestado en tiempo y forma, pese a la interposición del pronto despacho. Ante el silencio, Aguirre acude a la Justicia, y la Cámara, actuando como primera instancia, hizo lugar a la excepción de inhabilitación de jurisdicción opuesta por la provincia de Río Negro y, en consecuencia, rechazó la demanda, por no haberse interpuesto el recurso de revocatoria.

De lo expuesto surge que lo resuelto en esta sentencia del Superior tribunal de Justicia es aceptado y regulado expresamente en la nueva redacción de la ley 2938.

Ahora bien, más allá de lo positivo de este nuevo artículo, el cual establece un sistema por demás simple y económico de resolución del reclamo, deja algunos aspectos que merecen ser aclarados.

De acuerdo a su redacción parecería que todos los reclamos que se presenten a cualquiera de los tres poderes del Estado y que no ataquen un acto administrativo ya existente, deberán ser elevados en forma directa al titular de dicho Poder, quien resolverá previa vista ministerial y del Fiscal de Estado.

De ser esta la interpretación pretendida, podría resultar más que inconveniente a la hora de llevarla a la práctica. Téngase presente que si bien para los poderes Legislativo y Judicial la cantidad de reclamos recibidos no es demasiado extensa, no ocurre lo mismo con el Poder Ejecutivo.

Si todos los reclamos que se presentan a la Administración deben ser resueltos en única instancia por el titular del Poder, seguramente se producirá una acumulación importante de expedientes en su despacho. Debe tenerse presente que a los reclamos que hoy en día resuelve en última instancia el Gobernador, se le sumarían aquellos que en la actualidad son resueltos favorablemente por las instancias inferiores, los que, en la materia de empleo público sobretodo, no son pocos.

Como rasgo positivo, la ley dedica un capítulo entero a regular el procedimiento de ejecución de sentencias en contra del Estado. Determina en forma clara y

concreta los pasos a seguir para lograr el cumplimiento de la sentencia, según sea ella de hacer, no hacer, entregar cosas o sumas de dinero.

En este aspecto vemos un importante aporte que efectúa la ley para el resguardo integral de los derechos de los ciudadanos.

Una lectura completa del texto analizado muestra que la intención de los autores fue la de crear un código procesal administrativo que refleje el trámite que hoy en día se desarrolla. Dicho de otra forma, realizar la menor cantidad de cambios posibles al procedimiento que hoy se practica.

La idea en principio no es mala. Muchas de las prácticas hoy vigentes son creaciones pretorianas y carecen de una norma que las ordene. Esta ley lo que hace es expresar de manera clara y concreta, cuál es el procedimiento que debe seguirse para demandar al Estado, paso a paso, hasta llegar a la ejecución de la sentencia. Al respetar la mayoría de los plazos y etapas hoy vigentes, crea poca confusión entre los actores de esta materia.

Igualmente, la necesidad de reglamentación ha sido incluida en el texto constitucional en su última reforma. Es por ello que en los fundamentos de esta ley se habla de una “manda constitucional incumplida”. En este estudio ha quedado en evidencia que la situación procesal que existía en la provincia resultaba ser por demás criticable e injustificable. Por tanto, la sanción de la presente ley, seguramente supondrá un beneficio directo a los ciudadanos rionegrinos.

Sin embargo, el análisis del texto legal en los temas objeto del presente estudio, permite visualizar que todos ellos presentan –respecto al paradigma del Derecho Administrativo Global- deficiencias en algunos de los aspectos analizados, con excepción del artículo dedicado a la ejecución de sentencia.

La presente ley podría ser mejorada, a nuestro entender, si se incorporaran íntegramente las aportaciones del nuevo Derecho Administrativo Global, especialmente para superar los límites actualmente existentes a la mayor participación ciudadana en un control amplio de legalidad mediante una tutela judicial efectiva frente a las actuaciones contra el Estado.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al comenzar la presente investigación, se formuló el interrogante de si el ordenamiento jurídico administrativo de la provincia de Río Negro hoy vigente, satisfacía de manera integral, la garantía de la tutela judicial efectiva, bajo la nueva óptica del Derecho Administrativo Global y los principios consagrados en los tratados internacionales.

Más específicamente, se planteó en forma concreta y como objetivo general de este estudio, analizar y valorar el tratamiento que se le otorga a la garantía de la tutela judicial efectiva dentro del derecho procesal administrativo de Río Negro, extrayendo conclusiones respecto de los requisitos procesales que se exigen como previos para la habilitación de la instancia judicial, todo ello enmarcado en la perspectiva del Derecho Administrativo Global.

Para alcanzar dicho objetivo, se propusieron metas de corte más específico y de verificación más concreta. Así, como primera medida, se estableció el contenido y los alcances que el nuevo Derecho Administrativo Global le ha otorgado al principio de la tutela judicial efectiva, con especial referencia a la legitimación activa, el agotamiento de la instancia administrativa, el plazo de caducidad y el silencio de la Administración, como condicionantes indispensables para la habilitación de la instancia judicial.

Al adentrarnos en el objeto de estudio, accedimos a una idea que entendemos fundamental a la hora de analizar el tema que nos ocupa. La misma puede resumirse de la siguiente manera: *La tutela judicial efectiva no solo es una garantía constitucional, sino que reúne la naturaleza y características propias que detentan los Derechos Humanos.*

Indudablemente que nos encontramos ante una visión más amplia y generosa sobre el contenido y los alcances de esta garantía. La misma tiene como objeto principal

garantizar la jurisdicción judicial al momento de resolver y defender los derechos de los ciudadanos. Asimismo, como también vimos, esta tutela se extiende hasta asegurar que los procesos administrativos previos a la intervención judicial no constituyan un impedimento a la normal definición del mismo, que no es otra que la resolución del conflicto por parte de una autoridad imparcial: El Juez.

La visión global del Derecho Administrativo, nos obliga a levantar la vista de nuestro derecho local a la hora de resolver las peticiones que se le presentan, para comenzar a tener en cuenta las normas internacionales que han dado solución satisfactoria a las necesidades de los ciudadanos. El nuevo texto de nuestra Constitución Nacional es una guía en este sentido.

En resumen, y siguiendo el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se entiende al principio de la tutela judicial efectiva como la garantía de libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses ante el poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Comprende una protección jurisdiccional plena de todas las personas frente a la Administración, quedando terminantemente prohibida la indefensión.

Para analizar el tratamiento que le otorga la normativa vigente en la provincia de Río Negro a esta garantía, se han estudiado los postulados que la Constitución Provincial determina para la materia en estudio. En especial en cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa y su "solución transitoria". Asimismo se tuvo en cuenta la nueva Ley N° 5106 que crea el Código Procesal Administrativo. Como aspectos destacados, esta normativa modifica la Ley N° 2938 en materia recursiva agilizando su gestión, determina el proceso de ejecución de sentencia y aclara el tratamiento que se le debe otorgar al silencio administrativo. Sin embargo, y con las excepciones indicadas, la norma no aporta mayores novedades a la tramitación que hasta hoy se venía aplicando.

Respecto de los requisitos que se exigen para habilitar la instancia judicial, la propuesta de este trabajo consistió en analizar los institutos de la legitimación activa, el agotamiento de la instancia administrativa y el plazo de caducidad, con la particularidad que sobre estos dos últimos institutos le otorga el silencio de la Administración.

Con referencia a la legitimación activa, se llega a la conclusión que esta nueva visión global del Derecho Administrativo le reconoce al ciudadano un rol cada vez

más protagónico y activo en la vida comunitaria y sociojurídica. Es ésta la filosofía política que, entiendo, se viene presentando como parte de una nueva fase evolutiva de la regulación jurídica y doctrinaria en esta materia. De allí que entendemos imperativo regular una legitimación amplia, la cual no es otra cosa que crear un control de legalidad que estará en manos de todos los ciudadanos, quienes podrán reclamar ante la Administración Pública primero y ante la Administración de Justicia después, por cualquier cuestión relacionada a un derecho que se haya visto violentado. Entendiendo, que el correcto accionar del Estado es un derecho que puede ser reclamado por el ciudadano. En este sentido, es cierto que la normativa vigente no limita el accionar a un derecho subjetivo afectado, ni tampoco incorpora la figura de interés legítimo. Sin embargo no abre el espectro participativo en cuanto a la legitimación, acorde a las nuevas pautas jurídicas que la reforma constitucional nacional del año 1994 ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico.

Al estudiar el instituto del agotamiento de instancia, se concluye que la tramitación allí establecida, si bien determina algunas excepciones al principio antes expuesto, no alcanza a satisfacer las nuevas exigencias y alcances del principio analizado, reiterando postulados que han sido criticados por la doctrina mayoritaria. La intransigencia del sistema se ve plasmada con la redacción del artículo 13 de la nueva norma, en donde pone a cargo del magistrado la verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad. Esta redacción supone un apartamiento concreto a los preceptos que definen el principio de la tutela judicial, tal cual lo hemos explicado anteriormente.

Por último, se analizó la inconveniencia de mantener un plazo de caducidad de 30 días. Se incorporaron opiniones de destacados juristas locales y sólidos argumentos que lo consideraban violatorio del derecho de defensa y, por ende, de la garantía de la tutela judicial. No obstante ello, el texto de la nueva ley lo mantiene vigente.

En esta Tesis se demuestra así que la normativa aplicable en la provincia de Río Negro, no cumple con los principios y alcances que el Derecho Administrativo Global le otorga a la garantía objeto de análisis del presente trabajo.

Una consecuencia palmaria de ello es la notable reticencia por parte de los matriculados de iniciar acciones contra el Estado. Su materialización es observable en la reducción o decrecimiento de demandas contencioso administrativas producido desde 1997 a 2012, cuando previsiblemente debió haber aumentado exponencialmente, como mínimo

al ritmo de los fueros de otras materias por el mero incremento poblacional. El testimonio de los agentes de aplicación de la ley que deben operar jurídicamente en contra del Estado resulta categórico en este sentido.

Debe tenerse presente también que la sanción de la nueva ley que regula el proceso contencioso administrativo en la Provincia, si bien viene a completar un vacío legal insostenible, no alcanza a satisfacer los principios y garantías constitucionales que, como se ha visto, han desarrollado una evolución jurídica notable tanto en su interpretación como en su aplicación judicial al caso concreto.

Para complicar aún más la situación, hemos visto que esta normativa mantiene el sistema transitorio de trámite procesal administrativo dividido en órganos de fueros distintos, hasta tanto sea creado el fuero propio, para lo cual la ley determina un plazo de cinco (5) años.

Puesto en funcionamiento el proceso así creado, hará muy difícil el cumplimiento de ese postulado; entre otras razones, porque por la propia inercia del trabajo cotidiano, será más cómodo para las autoridades continuar con este sistema que comenzar con uno nuevo. Recordemos que en la actualidad, 30 años después de la reforma constitucional, sigue rigiendo este complicado fuero dividido y sin especialidad en sus operadores, pese a que la misma urgía a la creación de un fuero administrativo para la provincia. Sin dudas, los legisladores han dejado escapar una oportunidad inmejorable para crear el fuero contencioso administrativo y ponerlo en marcha en forma concreta con la sanción de esta ley.

En esta investigación, y especialmente en las reflexiones finales de cada capítulo, se han podido alcanzar y cumplimentar los objetivos específicos pretendidos y enunciados en la Tesis propuesta. Efectuado este análisis y luego de haber determinado con precisión el alcance y los efectos de la garantía de la tutela judicial efectiva según la nueva óptica del Derecho Administrativo Global, podemos afirmar que en la provincia de Río Negro la misma se ve afectada en forma directa a la hora de su aplicación.

La hipótesis que se propuso ha sido trabajada rigurosamente, constatada y confirmada: los requisitos normativos exigidos para acceder al control judicial de la actividad administrativa en la provincia de Río Negro, se presentan como de excesivo rigor y, por ende, limitativos de la efectiva implementación de la garantía de la tutela judicial

efectiva, según los parámetros y alcances que a la misma le otorga el Derecho Administrativo Global.

Sin embargo, con el objeto de asegurar la aplicación integral de la garantía de la tutela judicial efectiva en el derecho procesal administrativo de Río Negro, los resultados de la presente investigación pueden utilizarse satisfactoriamente para superar esta situación adversa. Fundadas y contrastadas académica y empíricamente de forma exhaustiva, en el presente trabajo se pueden respaldar una serie de recomendaciones para futuras modificaciones legislativas.

Respecto al requisito de la legitimación activa, se propone modificar el artículo 5° de la Ley procesal administrativa agregándole el siguiente párrafo:

Artículo 5°.- Legitimación activa. Toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos, o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico está legitimada para deducir las pretensiones previstas en este Código. *“Se conferirá, asimismo legitimación a cualquier habitante de la Provincia de Río Negro que invoque la defensa de la legalidad y el interés en el cumplimiento de un precepto constitucional, ley, decreto, ordenanza o cualquier otra normativa que se encontrare afectada en virtud del principio de legalidad constitucional.*

En este último caso, la decisión que se adopte tendrá carácter declarativo y será puesta en conocimiento de la autoridad correspondiente a efectos de promover la nulidad de la normativa o acto que por decisión judicial haya sido declarada ilegítima.

La legitimación amplia que se confiere en el presente estará sujeta a los mismos requisitos de habilitación de instancia que se exige al particular afectado por el acto lesivo, haya éste promovido o no la reclamación administrativa o judicial consecuente”.

Como antecedente, téngase presente que este texto se encontraba incorporado al anteproyecto analizado en el punto 6.2., que sirviera de modelo a la ley que crea el actual Código procesal administrativo de la Provincia. Su modificación final no es aclarada ni justificada en los fundamentos de la misma.

Por su parte, sobre el sistema de agotamiento de la vía administrativa, cabe decir que en la actualidad esta prerrogativa estatal se encuentra regulada en la totalidad de

los códigos de procedimiento administrativo, tanto federal como provinciales de Argentina, de forma rígida y formal.

En la mayoría de los casos, todo acto administrativo deberá ser atacado mediante un recurso de revocatoria, el cual será interpuesto dentro de un plazo breve ante el mismo órgano que lo dictó, para que por contrario imperio, lo pueda revisar. Este recurso resulta ser totalmente superfluo y tan solo consigue entorpecer y alargar las instancias administrativas.

Con posterioridad, si la decisión no es favorable a nuestros intereses, se deberá presentar un recurso jerárquico por ante la autoridad máxima de la Administración, a los efectos que la misma revise el accionar de su subordinado.

En algunos casos se requiere la revocatoria sobre este último acto también. Recordando siempre que los plazos son más que cortos y que la falta de interposición del recurso hace caer el derecho y la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva.

Entonces, ¿Cómo se podría regular esta prerrogativa para que no resulte contraria a los intereses de los ciudadanos?

Por más que la regla general continúe siendo ese agotamiento de la vía, y manteniendo aún el texto de la nueva Ley con su clásico sistema de agotamiento, se propone modificar el artículo 7º de la Ley procesal administrativa, incluyendo también las siguientes excepciones:

1. Impugnación de actos administrativos generales o individuales “definitivos”, cuando los mismos fueran dictados por la autoridad inferior con competencia final delegada. Si bien se infiere de la redacción del artículo 91 que en estos supuestos la resolución del recurso agota la instancia, entiendo que podría mejorarse el texto para aclarar esta cuestión. Continuar con la vía administrativa resultaría infructuoso, más aún si consideramos que antes de dictarse el acto, el mismo fue revisado tanto por la Asesoría Legal como por la Fiscalía de Estado (Ley N° 2938) y se tiene cabal conocimiento de lo que se está decidiendo.

2. Contra resoluciones de entes descentralizados, será necesaria la interposición de recursos de alzada en los supuestos que los mismos se funden en razones vinculadas a la legitimidad. De lo contrario (cuestiones técnicas), la resolución del ente debería ser suficiente para agotar la instancia.

3. En caso de silencio de la Administración en cualquier etapa, no debería ser necesario agotar la instancia administrativa. Ya la propia Administración ha dejado ver su desinterés en resolver el tema planteado. Esta solución aparece como pretendida por los legisladores, pero no se ve plasmada claramente en el texto de la nueva ley procesal administrativa.

Estos sencillos agregados al texto actualmente aprobado, podrían servir para agilizar notablemente los trámites y adecuar la ley local a los nuevos preceptos que las convenciones han introducido a nuestro Ordenamiento Jurídico.

Pero también se podrían incorporar soluciones extraídas del derecho comparado. Tanto en el derecho norteamericano como en el alemán, pese a detentar modelos constitucionales diferentes, el cambio pretendido se centra en lograr un régimen de excepciones flexible, en atención al fundamento del agotamiento. Esto es, si en general se justifica su inclusión por razones pragmáticas, cuando esas razones no se den, cuando se presume que la Administración va a volver a obrar como lo hizo o cuando el plazo para resolver se halla excedido objetivamente del fijado por la ley, se debería permitir al administrado que vaya a la sede judicial. Esto es lo que en Estados Unidos se consagra como ritualismo inútil (“extraer petróleo de un pozo seco”). Como ejemplo, si hay 1000 reclamos de los jubilados contra ANSES solicitando la modificación de una resolución que los afecta, y el Estado rechazó en sede administrativa 999, sería absurdo exigirle al jubilado 1000 que le dé la oportunidad al Estado de revisar sus actos y exigir que agote la instancia.

Asimismo se debería otorgar al Juez la facultad para resolver sobre cualquier razón por la que el magistrado evidencie que agotar la vía administrativa no va a tener ningún sentido, ni va a cumplir con el objetivo para el que fue impuesta. Es decir, es recomendable seguir el fallo “Salvarrey”¹³⁹ donde se afirma: “Que ha sostenido esta sala que, resultaría claramente un ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en casos en los que le consta al tribunal -en atención a los numerosos procesos análogos ya resueltos- la reiterada negativa de la demandada a admitir la procedencia de planteos similares, toda vez que el exceso de rigor formal resulta incompatible con las reglas del

¹³⁹ CNCAF “Salvarrey Antonio Miguel c/ SIDE s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, 29 de marzo de 2005, Causa N° 32.122/2000.

debido proceso y el adecuado servicio de justicia (conf. “Vargas, Claros Simeón”, 7-8-01, y sus citas, entre muchos otros).”

En definitiva se trata de regular, para el agotamiento de la vía administrativa, excepciones que tengan relación con los fundamentos del agotamiento. Y que a su vez se condigan con el principio de división de poderes y con la tutela judicial efectiva. Tratar en definitiva de perfeccionar un mecanismo que se ajuste a los postulados del Estado Democrático de Derecho.

Por último, sobre el requisito del plazo de caducidad, se propone el reemplazo del plazo de 30 días hábiles para la interposición de la demanda, por un plazo general de noventa días, con algunas excepciones para aquellos casos en que se encuentren afectados derechos fundamentales de los ciudadanos:

“**Artículo 10.-** Plazo de interposición. La demanda debe deducirse dentro del término de **noventa (90)** días hábiles, contados desde que la resolución que agota la instancia administrativa fue notificada personalmente o por cédula al interesado.

Cuando la vía administrativa se agota por denegatoria por silencio, o se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, cuando se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental, la acción puede interponerse en cualquier momento antes de la prescripción.”

La nueva ley procesal administrativa, fundada en la jurisprudencia del máximo tribunal provincial, se nos presenta como un avance en el respeto a ciertas garantías procesales de los ciudadanos. En especial respecto a la interpretación que debe darse al instituto del silencio administrativo y la regulación formal y completa del trámite de ejecución de sentencia. No obstante ello, no logra suplir las falencias detalladas anteriormente. La regulación de los distintos requisitos estudiados en el presente trabajo, sumados a la inexistencia de un fuero especializado, determinan que la instrumentación de los mismos en la Provincia de Río Negro no ha acompañado la evolución jurídica que produjo la incorporación de los tratados internacionales al texto constitucional argentino.

En efecto, es de lamentar que la redacción de esta normativa no haya incorporado a su articulado estas nuevas visiones y principios del Derecho Administrativo Global, limitándose en lo esencial a regular y ordenar el proceso según las modalidades y

características de la práctica procesal actualmente vigente, que puede y debe ser mejorada. La ley está redactada con una mirada centrada exclusivamente en el presente, pero carece de una visión de futuro, lo que implicará -o al menos reclamará- que la misma sea reformada prontamente.

Las recomendaciones originadas como resultado de esta investigación permitirían superar las falencias mencionadas, permitiendo evitar los perjuicios que en forma directa se le ocasionan al ciudadano rionegrino al momento de hacer valer sus derechos por ante algún Poder del Estado Provincial.

En cualquier caso, el análisis crítico de los requisitos procesales para la habilitación de la instancia judicial desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global, se ha revelado una tarea necesaria -a la vez que entretenida- para una reflexión profunda sobre la tutela judicial efectiva en el derecho procesal administrativo de Río Negro. Por lo menos, yo he disfrutado haciéndolo aquí. Espero finalmente, que sirva como un aporte al desarrollo de esta rama del derecho rionegrino, y que pueda ser utilizado en beneficio del Estado y de sus ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- (1) **Alberdi, Juan Bautista**; “Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina, derivadas de la ley que preside el desarrollo de la civilización de la América del Sur y del tratado del litoral del 4 de enero de 1831” –XVII- Ediciones Libertador. 2005.-
- (2) **Argañarás, Manuel J.** “Tratado de lo contencioso administrativo”, reimpresión inalterada, Lex, La Plata, 1988.-
- (3) **Asociación Iberoamericana de Tribunales de Justicia Fiscal o Administrativa – AITFA** - www.aitfa.org, Diccionario Jurídico.-
- (4) **Balbín, Carlos F.**; Tratado de Derecho Administrativo, Tomos III y IV, La Ley, Buenos Aires, 2011.-
- (5) **Bianchi, Alberto B.**; “Entre el agotamiento de instancia y el plazo de caducidad”, en libro: “*Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral” ediciones RAP, 2005.- (p 861 a 870)
- (6) **Bianchi, Alberto B.**; “La potestad reglamentaria de los entes reguladores”; JA 2006–III–1080 – 30/8/2006.
- (7) **Bidart Campos, German**; "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" Ediar, Buenos Aires, 1987.
- (8) **Bidart Campos, Germán**; “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- (9) **Bidart Campos, Germán**; “El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Constitucional Argentino” en la obra colectiva "Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La Revolución Inconclusa", coordinada por el citado y Guido I. Risso, Ediar, 2005. (p. 1 a 6)
- (10) **Cassagne, Juan Carlos**, “El Procedimiento Administrativo y el Acceso a la Justicia”, en libro *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, ediciones RAP, 2005. (p. 391 a 395)
- (11) **Cassagne, Juan Carlos**; “De nuevo sobre los plazos de caducidad para demandar judicialmente la nulidad de actos y reglamentos administrativos”, 2009, obtenida el 3 de abril de 2015, en página Lexis Nexis N° 0003/014623.-
- (12) **Cassagne, Juan Carlos**; “El acceso a la Justicia Administrativa”, 2004, obtenida el 6 de noviembre de 2014 en www.cassagne.com.ar.-
- (13) **Cassagne, Juan Carlos**; “Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa”, La Ley, 09/08/2011.
- (14) **Cassagne, Juan Carlos**; “La transformación del Procedimiento administrativo y la LNPA”- 2011- obtenida el 7 de noviembre de 2014 en www.cassagne.com.ar
- (15) **Comadira, Julio R.** Derecho Administrativo, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.-
- (16) **Comadira Julio R.**, “Procedimientos Administrativos: Ley de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada”, Ed. La Ley, Bs. As. 2003.-
- (17) **Convención Americana Sobre Derechos Humanos**, Pacto de San José, 1969, www.oas.org (Página de la Organización de Estados Americanos).

- (18) **Diez-Picazo, L.M. y Ponce de Leon**; “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, 1987, [www. Dialner.unirioja.es](http://www.Dialner.unirioja.es).-
- (19) **Eizaguirre, Sandra**; “La necesidad de la creación del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Río Negro a la luz de la garantía de la tutela judicial efectiva” – Tesis con la cual aprobó la Maestría de Derecho Administrativo, biblioteca de la Universidad Austral.
- (20) **Frías, Pedro J.**, “Estado social de derecho o catálogo de ilusiones”, diario La Nación, 25/04/1987.-
- (21) **Gamboa Morales, Nicolás**; “La inmunidad soberana de jurisdicción en el arbitraje comercial e internacional”, Bogota Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2007.-
- (22) **García de Enterría, Eduardo**, “Sobre silencio administrativo y recurso contencioso”, RAP Revista de Administración Pública, N° 47, 1965.-
- (23) **García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás**; “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, 1° Edición Argentina, La Ley, 2006.-
- (24) **García Pulles, Fernando R.**; “El agotamiento de la vía administrativa”, La Ley, 1993-A-1044.-
- (25) **Gordillo, Agustín**; Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas; Tomos 2, 3, 4 y 6, Buenos Aires, FDA, 2009a, 2009b, 2010 y 2012 respectivamente. Consultado en reiteradas oportunidades a lo largo del trabajo en www.gordillo.com.-
- (26) **Gordillo, Agustín**; “I Jornadas sobre el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires: Palabras de cierre,” en Alejandra Petrella (coord.), El fuero contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires, JA 2002-III, suplemento del fascículo 7, 14 de agosto de 2002.-
- (27) **Gordillo, Agustín**; “Hacia la unidad del orden jurídico mundial” en “El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: Desafíos para las Inversiones Extranjeras, la Regulación Nacional y el Financiamiento para el Desarrollo”, Buenos Aires, RAP, 2009 (p. 83 a 134)
- (28) **Grümberg, Adrián Federico**; “La prescripción de la acción penal Una “secuela” de 56 años”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. elDial.com DC54D- 2005.
- (29) **Gutiérrez Colantuono, Pablo A.** Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, Ed. Abeledo Perrot. 2009.-
- (30) **Herrera, Enrique**, Práctica metodológica de la investigación jurídica, Bs.As. Astrea, 1998.-
- (31) **Hutchinson, Tomás**; La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, Editorial Astrea, Bs. As., 1985, T. 1.-
- (32) **Hutchinson, Tomás**; “El sistema argentino de control judicial de la Administración”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2007, N°40.-
- (33) **Kingsbury, Benedict; Krisch, Nico y Stewart, Richard**; “El surgimiento del Derecho Administrativo Global” en “El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: Desafíos para las Inversiones Extranjeras, la Regulación Nacional y el Financiamiento para el Desarrollo”, Buenos Aires, RAP, 2009 (p. 21 a 81)
- (34) **Ladaria Caldentey, Juan**; “Legitimación y apariencia jurídica”, Barcelona, Bosch, 1952.-
- (35) **Linares, Juan F.** “Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo”, Astrea, Bs. As., 1974
- (36) **Linares, Juan F.**, “El caso administrativo no previsto”, Bs. As., Astrea, 1976;
- (37) **Linares, Juan F.**; “El silencio administrativo denegatorio en la ley N° 19549”, LL, 180-C-768, 1980.-
- (38) **Muñoz, Guillermo Andrés**; “Silencio de la Administración y Plazos de Caducidad”, Edit. Astrea, Bs. As., 1982.-
- (39) **Oroz, Miguel H. E.**; “La declaración de inconstitucionalidad del plazo de caducidad en la acción de amparo. Un ejemplo que debemos imitar.” Publicado en www.abda.org.ar/opinion.html, Sección Columna de Opinión, del 04/03/08 (Asoc. Bonaerense de Derecho Administrativo) consultado el día 20 de septiembre de 2014.-

- (40) **Perrino, Pablo Esteban**; "El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa" - Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo.-
- (41) **Pravato, Luis Emilio**; "Los recursos administrativos contra el silencio de la Administración y la garantía del debido proceso. Breves reflexiones a partir de un interesante fallo del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro", L. L. Patagonia 2009 (octubre), 01/01/2009.-
- (42) **Pravato, Luis Emilio**; "El Instituto de la Negativa por Silencio en la Ley de Procedimientos Administrativos de Río Negro (Art. 18 Ley Nro. 2.938). Necesidad de una nueva interpretación" 2010, consultado el día 11 de marzo de 2015 en alumnosmdag.blogspot.com.ar
- (43) **Real Academia Española**, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, año 2001.-
- (44) **Rizzi, Guillermo**; "Estojacovich" – Caducidad – Derechos ¿Y Garantías?", 2011, consultado el 9 de abril de 2014 de la página <http://derechoadministrativo.debate.blogspot.com.ar>.-
- (45) **Rodríguez, María José**; "La expresión del Régimen Exorbitante en el Procedimiento Administrativo", en libro "Cuestiones de Procedimiento Administrativo", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, ediciones RAP, 2005. (p. 147 a 159)
- (46) **Rodríguez Arana, Jaime**; "Derecho Administrativo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública", – Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba – www.acaderc.org.ar – consultado el 14 de julio de 2017
- (47) **Sagües, María Sofía**; "El juez como potenciador del acceso a la justicia: logros y desafíos. Perspectivas a la luz del sistema interamericano de derechos humanos"-2007- Obtenida el 7 de mayo de 2014 de www.amja.org.ar
- (48) **Salomoni, Jorge Luis**; "El Contencioso Administrativo en la República Argentina: Sus principales características en la etapa de formación nacional y de internacionalización del ordenamiento jurídico", 2007, disponible en Biblioteca Jurídica Virtual info5.juridicas.unam.mx, consultado el 7 de agosto de 2014.-
- (49) **Salvat, Raymundo M.**; Tratado de Derecho Civil Argentino, T. III, Tipográfica Editora Argentina, 1950.-
- (50) **Spota, Alberto**; Tratado de Derecho Civil, Depalma, Buenos Aires, 1975.-
- (51) **Suarez, Santiago**, "Prescripción de la acción y plazo razonable del proceso penal", 11 de Agosto de 2011 www.saij.jus.gov.ar - Id SAIJ: DACF110058.
- (52) **Volonté, Miguel**; "Procedimiento Administrativo en la Provincia de Río Negro", Sello Editorial Patagónico, 2009.-

JURISPRUDENCIA

- CIDH. "Baena Ricardo y Otros" 270 trabajadores vs. Panamá- 02/02/ 2001.-
- CSJN "Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ suc.". Fallos, 247:646 -1960
- CSJN: "Monner Sans, Ricardo c/Fuerza Aérea Argentina s/amparo Ley 16.986", sentencia del 26 de septiembre de 2006.
- CSJN, "Eugenio Díaz Vélez c. Provincia de Buenos Aires". Fallos 151:359 - 20/06/1928
- CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111
- CSJN, "Serra, Fernando H. c/ MCBA", LL 1995-A-395, sentencia del 26-10-93.
- CSJN, "Gorordo Allaria de Kralj, Haydée M. c/ Ministerio de Cultura y Educación. JA 1999-III-107 sentencia del 04/02/1999

CSJN Recurso de hecho deducido por la actora en la causa "Parra de Presto, Stella Maris si inconstitucionalidad ordenanza general 207/77 1.1354" sentencia del 16/11/1993.

CSJN "Biosystems S.A. c/ EN – M° Salud – Hospital Posadas s/ contrato administrativo" – sentencia del 11/02/2014.

CSJN "Gypobras S. A. c. Estado nacional -Ministerio de Educación y Justicia" – sentencia del 5/04/1995.

CSJN : "Ercolano, Agustin c/ lanteri de Renshaw, Julieta" (28/4/1922) Fallos:136:170 -

CSJN "Avico, Oscar Agustin C/De La Pesa, Saul G. (7/12/1934) Fallos:172:21 –

CSJN "Callao (Cine) s/ Interpone recurso jerárquico c/ Resolución dictada por Dirección Nacional de Servicio del Empleo" (22/06/1960) - Fallos: 247:121 –

CSJN "Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de economía -B.C.R.A.), 27/12/1990, Fallos: 313:1513.-

CSJN "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros S/ Recurso de hecho" 07/07/1992. (Fallos: 315:1492)

SCBA "Bassahon, Rubén Darío c/ Martinelli, Carlos Eduardo y otros. Daños y perjuicios" sentencia del 27/07/2005

CNCAF, "Bejarano", Nicanor Nolberto y otros c/ Direccion General de Fabricaciones Militares s/ empleo público", la Sala IV de la, sentencia del 30/10/2001.-

CNCAF "Compañía Naviera Horamar S.A. c/. AFIP - DGI - VIII-X y XII" sentencia del 4 de agosto de 2011.-

CNCAF, "Palacios Héctor Julio c. EN", de fecha 5-10-2006.-

CNCAF "Salvarrey Antonio Miguel c/ SIDE s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg", 29 de marzo de 2005, Causa N° 32.122/2000.-

CN Com., sala C, "Tisinovich, Antonio c/ Cooperativa de Trabajo Transportadora Argentina Ganadera Limitada y otro s/ ordinario", 19.12.1990.

CNCA San Martín; "De La Rosa, Carlos Leon C/ Municipalidad de Tigre Y Otros S/ Daños y Perjuicios", de abril de 2007

TSJ CABA "Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" sentencia del 27/12/2007.-

TSJ Córdoba "Díaz, Azucena del Valle c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba", Semanario Jurídico N°: 1768, 05/08/2010

STJ RN "B. R. C/ Municipalidad de General Roca S/ Reclamo S/ Inaplic. de Ley", 15-08-00.

STJ RN "M., H. J. S/ Queja en: 'M., H. J. C/ Provincia de Río Negro S/ Contencioso Administrativo'", de fecha 09-09-05

STJ RN "P., I. D. C/ Municipalidad de Catriel S/ Contencioso administrativo S/ Apelación", 06/02/2001.-

STJ RN "Financiera Clusel S.A./ Municipalidad de San Carlos de Bariloche S/ Contencioso Administrativo", 06-02-2006

STJ RN "Subrini Hugo C/ Municipalidad de Cipolletti S/ Ordinario S/ Apelación", 04/09/2007

STJ RN "San Jorge SRL C/ Municipalidad de Villa Regina S/ Contencioso Administrativo", 25/07/2011.-

STJ RN "Salazar, Ana S/ Amparo S/ Apelación", Expte. N° 20088/05, Sentencia N° 41/05.-

STJ RN "Miglierini, Hilda Aurora Y Otros C/ Provincia De Rio Negro (Ipross) S/ Contencioso Administrativo S/ Inaplicabilidad De Ley", Expte. N° 13.872/99, Sentencia N° 82/01.

STJ RN “Ocampo, Fernando Rubén S/ Amparo S/ Apelación”, Expediente N° 19914/04, Sentencia N° 08/2005.

STJ RN “Correo Argentino C/ Consejo Provincial De Salud Pública De Río Negro S/ Sumario-Cobro De Pesos”, Expediente N° 6387/05), Sentencia N° 38/06.

STJ RN “Amx Argentina S.A. c. Departamento Provincial de Aguas de La Provincia de Río Negro y Consorcio General Roca de Riego y Drenaje” sentencia del 23/10/2008.-

STJ RN F.A.M C/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche s/ Nulidad s/ Apelación 08/08/2012.

STJ RN “Argañaraz Waldo R. c/ Provincia de Río Negro Ministerio de Gobierno (Jefatura de Policía) s/ Contencioso Administrativo s/ Inaplicabilidad de Ley” del 11-06-2004.-

STJ RN “Bonacalza e Hijos S.R.L. c/Lotería de Río Negro s/Amparo por Mora s/Apelación – Sentencia N° 10/2002.-

STJ RN “Aguirre, Graciela M. C/ Provincia de Río Negro S/ Ordinario” Sentencia N° 09/2014, en exp. 25350/11.-

Cámara del Trabajo, Sec.1, San Carlos de Bariloche, “Scheffield, Arturo N. c/ Vial Rionegrina S.E. S/ Sumario”, sentencia de fecha: 11/03/2014.-

Tribunal Constitucional de España, sentencia N° 31/2000.-www.tribunalconstitucional.es.-

Tribunal Constitucional de España, sentencia N° 76/1990.-www.tribunalconstitucional.es.-

LEGISLACION

Declaración Universal de los Derechos Humanos – 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) – 1969.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Provincia de Río Negro.

Constitución Española. Aprobada el 31 de octubre de 1978.

Ley Fundamental Para La República Federal Alemana – 1949.

Ley Nacional N° 19549, de Procedimiento Administrativo de la Nación.

Ley Nacional N° 19.865, aprueba la "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados".

Ley Nacional N° 25344, de Emergencia Económica y Financiera.

Ley Nacional N° 26854, de medidas cautelares contra el Estado.

Ley N° 2938, de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Río Negro.

Ley N° 5106, Código Procesal Administrativo de Río Negro.

Ley N° 189, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

Ley N° 12008, Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Pcia. de Buenos Aires.

Ley N° 4106, Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes.

Ley N° 1284, de procedimiento administrativo de la Provincia de Neuquén.

Ley N° 1305, Código Procesal Administrativo de la Provincia de Neuquén.

Ley N° 7182, Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba.

Ley N° 848, Código Contencioso Administrativo de la Provincia del Chaco.

Ley N° 133, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego.

Ley N° 952, Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de La Pampa.

Ley N° 2600, Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Cruz.

PROYECTOS DE LEY

- Proyecto de Ley 150/2005 de Código contencioso administrativo Y la propuesta de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Legislatura de la Provincia de Río Negro (Año 2012).-
- Proyecto de Ley N° 99/2015 de creación del Código Procesal Administrativo de Río Negro.-
- Anteproyecto de Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo para la Provincia del Chubut, creado por la Dra. Marta Zanco, presentado en la Legislatura de Chubut en la Sesión 727 año 2000, consultado el 25 de octubre de 2013 en <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/>.-

OTRAS FUENTES

- Entrevista efectuada al Mg. Luis Emilio Pravato.
- Entrevista efectuada a la Dra. Adriana Zaratiegui.
- Entrevista efectuada al DR. Ricardo Apcarián.
- Entrevista efectuada al Dr. Raúl Cámpora.
- Conclusiones Jornadas de Debate, proyecto de Código Procesal Administrativo de la Provincia de Río Negro, Viedma 3 y 4 de noviembre de 2008. Biblioteca Poder Judicial-
- Cuadros de estadísticas judiciales de Río Negro - página web <http://gepjrn.blogspot.com.ar/>.-

ANEXO

ENTREVISTAS REALIZADAS PARA ESTE TRABAJO (TRANSCRIPCIÓN)

ENTREVISTA EFECTUADA AL DR. LUIS EMILIO PRAVATO¹⁴⁰

PREGUNTA 1: Uno de los temas que en la actualidad más cuestionamientos está recibiendo dentro del Derecho Administrativo es la obligatoriedad del agotamiento de la instancia administrativa para poder demandar judicialmente al Estado. Según su opinión ¿Se justifica hoy en día mantener esta obligación de forma rígida, tal cual se encuentra reglada en la ley 2938?

Respuesta: El tradicional instituto del agotamiento de la instancia administrativa.

Sobre la importancia institucional de la etapa del procedimiento administrativo, y la necesidad del agotamiento de dicha instancia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde los fallos más remotos, viene manifestando sobre el particular, al afirmar que: "... 1) Permite una etapa conciliatoria antes del litigio. 2) Da a la Administración Pública ocasión de corregir errores en mérito a los argumentos del demandado. 3) Impide que ella sea llevada a juicio, sin aviso previo. 4) Posibilita al superior jerárquico el control de legitimidad y conveniencia de los actos emitidos por los subordinados, para respetar cabalmente la autonomía administrativa y evitar prematuras interferencias en los procesos decisorios. 5) Ahorrar el escándalo de presentar al Estado como demandado judicialmente en causas indefendibles. 6) Facilitar la función judicial al plantear en dicha sede, una contienda ya delimitada y con la economía que significa haberse producido las pruebas principales. 7) Asegurar una mejor tutela del interés público mediante la investigación y evaluación de los hechos, por organismos técnicos especializados...". (Conforme C.S.J., Fallos: 288:398, entre otros. Ver asimismo, en el mismo sentido, uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU, citada por TAWIL, Santiago Guido, "Administración y Justicia", Ed. Depalma.)

No obstante la importancia de la citada doctrina por su contenido y por la autoridad institucional del órgano jurisdiccional emisor, todo letrado que fátiga su existencia por la mentada instancia administrativa, sabe por cruel experiencia, que la Administración Pública difícilmente vuelva sobre sus pasos, a efectos de subsanar un error, en holocausto del principio de legalidad. Por otra parte, el alegado control de legitimidad o de

¹⁴⁰ Luis Emilio Pravato es Magister en Estudios Políticos de la Universidad Nacional de Rosario, fue Secretario de la Fiscalía de Estado de Río Negro y Secretario Auditor Legal del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Río Negro (1983-2011), es profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Comahue y fue profesor de la Universidad Nacional de Río Negro, actualmente ejerce la actividad privada.

oportunidad o de gestión del órgano superior sobre el inferior, que conllevaría el agotamiento de la instancia administrativa, no deja de ser una ficción. Así, el propio órgano inferior es conforme la generalidad de los protocolos y reglamentaciones, el encargado de sustanciar el recurso jerárquico, proyectando el correspondiente acto administrativo que resuelva la impugnación, todo ello en aplicación del principio de colaboración con el superior. En pocas palabras, la vía ordinaria del procedimiento administrativo se convierte en una carrera de obstáculos llena de trampas para el administrado.

Las principales categorías que informan el Derecho Administrativo en el orden provincial y nacional, a saber: los exiguos plazos de caducidad para interponer recursos administrativos, la obligación de agotar la instancia administrativa mediante decisión expresa o tácita de la máxima autoridad, el control de oficio por parte del órgano jurisdiccional de la debida habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo, el carácter revisor del acto administrativo que importa el proceso judicial, etc., son instituciones todas que tienen su origen finales del siglo XIX, primera mitad del XX, en el modelo continental europeo, en especial por la creación pretoriana del Consejo de Estado francés. Luego, por vía de la legislación española fueron receptadas primeramente por el histórico Código Varela de la provincia de Buenos Aires, en los primeros años del siglo XX, que esparció su influencia como modelo del contencioso administrativo por el resto de las provincias y en el propio Estado Nacional. Por ello, las mismas surgen como evidentemente anacrónicas luego de la mentada reforma constitucional de 1994.

Es en el contexto del referido escenario que la Comisión de Derechos Humanos, órgano integrante del sistema interamericano expresó que el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizados por los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, imponen una interpretación más justa y beneficiosa de los requisitos de admisión a la justicia. Así, por el principio "pro actione", deben interpretarse en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción.

Luego, a mi criterio, el procedimiento administrativo debería ser facultativo y no obligatorio.

PREGUNTA 2: Según la ley de procedimientos administrativos de Río Negro (ley 2938) una vez agotada la instancia administrativa empieza a correr un plazo de caducidad de 30 días hábiles dentro del cual el ciudadano tiene que interponer la formal demanda judicial. ¿Entiende Ud. que este plazo de 30 días respeta el espíritu y los alcances de la garantía de la Tutela Judicial Efectiva, consagrada en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica?

Respuesta: Considero que es un plazo exiguo y contrario al principio de la garantía de la tutela judicial efectiva.

El ingreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden jurídico nacional, que implicó el avasallante triunfo del monismo, cristalizado en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y que entre otras causas, importó la respuesta de la sociedad argentina al terrorismo de Estado perpetrado por el último gobierno de facto, cambió radicalmente el escenario cultural y por ende el jurídico. Se conformó un nuevo paradigma del Derecho, determinado por otros principios como "pro homine"; "progresividad"; "in dubio pro actione"; "tutela judicial efectiva"; "igualdad de armas"; "protección de la confianza legítima del

administrado"; "doctrina de los actos propios"; responsabilidad internacional del Estado Nacional, Provincial o Municipal, en cualquiera de sus formas, por violación, por acción u omisión, de los derechos humanos; etc.

Muchos operadores jurídicos todavía, formados ideológicamente por el paradigma en retroceso, siguen "leyendo" la acción de amparo en los términos de las categorías epistemológicas en crisis, que como enseña Kuhn¹⁴¹, se han convertido en una anomalía, por el triunfo de un nuevo paradigma científico: la tutela judicial efectiva.

El plazo para interponer la demanda judicial como mínimo, debería ser un plazo de 90 días como en Nación.

Por lo demás, me remito a la respuesta anterior

PREGUNTA 3: En similitud con algunas normas internacionales de avanzada, el art. 114 de la ley 1284 que regula el procedimiento administrativo en la Provincia del Neuquén, establece un sistema de legitimación activa amplio, otorgándole al ciudadano común, una herramienta de control de legalidad del accionar estatal. Según su opinión, ¿La inclusión de estas figuras jurídicas en las leyes procesales, podrían resultar beneficiosas como defensa de los sistemas republicanos de gobierno?

Respuesta: Coincido con la idea. No es coherente incorporar al texto constitucional federal los tratados de Derechos Humanos y paralelamente, continuar con el concepto de legitimación activa del siglo XIX. Por otra parte, luego de la doctrina sentada por la CSJ in re "Halabi" ya no tiene vigencia la tradicional clasificación de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

PREGUNTA 4: En la provincia de Río Negro aún no se ha creado el fuero contencioso administrativo, pese a lo reglado por el artículo 14 de las Normas Complementarias de la Constitución Provincial. ¿Esta falta de jurisdicción especializada puede resultar contraproducente a la hora de resolver temas propios del derecho Administrativo?

¹⁴¹ El filósofo y científico Thomas Kuhn dio al término paradigma su significado contemporáneo, cuando lo adoptó para referirse al conjunto de prácticas que definen una disciplina científica durante un período específico de tiempo. El mismo Kuhn prefería los términos ejemplar o ciencia normal, que tienen un significado filosófico más exacto. Según Kuhn, las ciencias no progresan siguiendo un proceso uniforme por la aplicación de un hipotético método científico. Se verifican, en cambio, dos fases diferentes de desarrollo científico. En un primer momento, hay un amplio consenso en la comunidad científica sobre cómo explotar los avances conseguidos en el pasado ante los problemas existentes, creándose así soluciones universales que Kuhn llamaba paradigma. Thomas Kuhn que fue uno de los filósofos de la ciencia más importantes del siglo XX, introdujo el concepto de la influencia de los factores sociológicos y psicológicos al desarrollo de ciencia y del paradigma, siendo su obra *La estructura de las revoluciones científicas*, una perspectiva del conocimiento totalmente diferente a la de su época. Lo que Kuhn establecía en su obra era que el desarrollo de la ciencia estaba influenciada por un conocimiento anterior establecido en teorías y leyes creadas por un grupo de científicos o especialistas, es decir, por una comunidad científica. Esto implica que para entender a la ciencia actual se necesita un conocimiento previo. Cuando los especialistas están dentro de una investigación, formulan una hipótesis que está influenciada en un conocimiento a priori. Si este puede explicar los fenómenos de la investigación existe confianza en ella, pero si existe una anomalía que la ciencia actual no pueda explicar, genera un cambio radical en la ciencia normal (actual) que desemboca a lo que Kuhn llama crisis; lo que posteriormente se convierte en una revolución científica y la conformación de un nuevo paradigma. Tal vez, el referido criterio epistemológico de Kuhn nos permita encontrar una pauta para entender las encontradas interpretaciones de la acción de amparo y los recursos administrativos.

Respuesta: Es una omisión inconstitucional que a la fecha, luego de casi tres décadas de la reforma constitucional tiene entidad para afectar el principio de juez natural.

PREGUNTA 5: En relación con la pregunta anterior, al establecer transitoriamente la Constitución Provincial la competencia de grado contencioso administrativa en las Cámaras de Apelaciones, designa como Tribunal de Alzada al Superior Tribunal de Justicia. ¿Entiende Usted que esta limitación de instancias procesales puede afectar las garantías procesales de los ciudadanos que se han visto afectados por el accionar del Estado?

Respuesta: Hay una afectación evidente al debido proceso y a la garantía de la igualdad en el régimen procesal administrativo de la Constitución Provincial de 1988, cual es que los temas de empleo público se resuelven en instancia única por ante la Cámara Laboral (solo cabe un extraordinario recurso de inaplicabilidad de ley ante el STJ). Por el contrario, el resto de la materia contencioso administrativa (obra pública, empréstitos, servicios públicos, etc.) se sustancia en un juicio con doble instancia (sentencia de cámaras civiles, como tribunal de primera instancia, con apelación ordinaria ante el STJ). Es decir, el dependiente del Estado está en peor situación que el empresario contratista. Todo ello se agravó con la incorporación de los tratados de DDHH en el orden federal.

PREGUNTA 6: El art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica establece: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.* Según su opinión, un sistema férreo de agotamiento de instancia administrativa, con plazos de caducidad breves, ¿Respeto esta garantía procesal?

Respuesta: No respeta la citada garantía. Me remito a lo expresado en los puntos 1 y 2.

PREGUNTA 7: En la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia en el caso “Aguirre, Graciela /Provincia de Río Negro” se establecen principios básicos a la hora de interpretar la figura del silencio administrativo. Ante los posibles cambios jurisprudenciales que se pueden presentar, ¿Entiende Ud. que resultaría conveniente regular estos principios en forma clara y precisa en la normativa procesal vigente?

Respuesta: Coincido con la idea que las soluciones legales son más convenientes y legítimas (por su origen democrático) que las reglas de fuente jurisprudencial, por propia definición, inestables y que resultan de decisiones de órganos contramayoritarios, cuasi-aristocráticos y no electivos por el voto popular, como son los jueces.

No obstante, en el caso del art. 18º, ley 2938 (negativa por silencio), creo que el texto es claro cuando determina en su parte final que *El instituto de la negativa por silencio, como parte integrante de la garantía de debido proceso, juega siempre a favor del administrado.* En este aspecto, creo que el voto del nuevo STJ in re “Aguirre” se limitó a hacer una interpretación lógica de la norma en cuestión, a diferencia del anterior, que había malversado su sentido.

ENTREVISTA EFECTUADA A LA DRA. ADRIANA ZARATIEGUI¹⁴²

PREGUNTA 1: En la provincia de Río Negro aún no se ha creado el fuero contencioso administrativo, pese a lo reglado por el artículo 14 de las Normas Complementarias de la Constitución Provincial. ¿Esta falta de jurisdicción especializada puede resultar contraproducente a la hora de resolver temas propios del derecho Administrativo?

RESPUESTA: La falta de especialización atenta contra la resolución debidamente fundada en cualquier fuero. En lo puntual, referido al proceso administrativo en nuestra provincia, la ausencia de un fuero especializado y de un código procesal en la materia, provoca dispersión de criterios, a la par que ausencia del debido tratamiento de la materia administrativa a la que se le extienden los principios civiles o laborales - según el caso- y también un alto índice de anulabilidad de las sentencias por falta de fundamentación o error de derecho, situación que -en mi opinión- ha provocado una mayor demora en la resolución de los conflictos. Lo expuesto, precisamente, ha motivado desde este Poder la necesidad de trabajar en la iniciativa legislativa de un código procesal administrativo y avanzar en el diseño de la implementación del fuero especializado.

Justamente, en pos de concretar dicha iniciativa, nos encontramos trabajando con la Fiscalía de Estado de la Provincia y la Procuración General a los fines de consensuar un proyecto adecuado a los principios constitucionales y que recepte los lineamientos macros de la jurisprudencia de la Corte y de este Superior Tribunal. También se tendrán en cuenta las iniciativas que han tenido trámite parlamentario en la Provincia.

PREGUNTA 2: En relación con la pregunta anterior, al establecer transitoriamente la Constitución Provincial la competencia de grado contencioso administrativa en las Cámaras de Apelaciones, designa como Tribunal de Alzada al Superior Tribunal de Justicia. ¿Entiende Usted que esta limitación de instancias procesales puede afectar las garantías procesales de los ciudadanos que se han visto afectados por el accionar del Estado?

RESPUESTA: Las normas transitorias se proyectan precisamente para eso: ser transitorias. Con lo cual está claro que es una situación que en algún momento hay que resolver. En función de ello ya es momento de ir hacia la creación del fuero y la sanción del código ritual correspondiente. Ahora bien, respecto a la pregunta puntual entiendo que las garantías procesales de los ciudadanos se encuentran aseguradas toda vez que dicha

¹⁴² Adriana Cecilia ZARATIEGUI es abogada y escribana por la Universidad Nacional de La Plata. Es Especialista en Derecho Penal desde el año 2000, recibida en la Univ. Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Inició su carrera judicial en Viedma como Referencista del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en el año 1987, dónde desarrolló toda su carrera en el Fuero Penal, hasta que en el año 2013 fue elegida Jueza del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. Presidió el Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Río Negro del año 2011 al año 2013. Fue Directora Académica en la Academia de Intercambio y Estudios Judiciales. Es docente en la Universidad Nacional de Comahue desde el año 2001 a la fecha. Presidenta del Consejo de la Magistratura en el 2015. Es titular de la Oficina de Género del Poder Judicial de Río Negro desde su creación en el año 2009.

norma transitoria recepta un recurso ante el Superior Tribunal. Sin perjuicio de ello, tanto en esta materia como en otras, se impone una revisión exhaustiva de adecuación de la normativa interna a la Constitución nacional, los Tratados Internacionales y a las interpretaciones que la CIDH realice del Pacto de San José de Costa Rica.

PREGUNTA 3: En la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia en el caso “Aguirre, Graciela /Provincia de Río Negro” se establecen principios básicos a la hora de interpretar la figura del silencio administrativo. Ante los posibles cambios jurisprudenciales que se pueden presentar, ¿Entiende Ud. que resultaría conveniente regular estos principios en forma clara y precisa en la normativa procesal vigente?

RESPUESTA: Siempre resulta conveniente regular los procesos judiciales pues ello otorga seguridad jurídica a los ciudadanos que saben con qué reglas se dará el debate judicial, respeta el derecho aun trato igualitario ya que todos tendrán idéntico trato y finalmente -insisto- se adecua la legislación interna a las pautas de los Tratados Internacionales constitucionalizados.

He aquí una tarea pendiente para el Estado en su conjunto.

PREGUNTA 4: Entiende que el nuevo Código Civil impactará en el fuero administrativo?

RESPUESTA: Creo que la entrada en vigencia del nuevo Código Civil, así como los lineamientos que viene estableciendo la CSJN (Cf. Barretto; Ledesma; Mikelovich), acentúan el carácter local del derecho administrativo. Recordemos que de forma expresa se ha excluido por ejemplo lo relativo a responsabilidad del Estado. Ello pondrá un nuevo desafío a los legisladores y también a la magistratura.

Pero dará un verdadero contenido de derecho público a los institutos que hasta hoy han sido tratados con parámetros del derecho privado. La constitucionalización del nuevo código civil también -entiendo- tendrá un efecto expansivo en la constitucionalización de otras ramas del derecho.

En síntesis nuevos tiempos, con un catálogo de tareas que emprender para adecuar la legislación para asegurar la protección de mayores derechos para los ciudadanos que es el mandato constitucional que debemos seguir.

ENTREVISTA EFECTUADA AL DR. RICARDO APCARIAN¹⁴³

PREGUNTA 1: Uno de los temas que en la actualidad más cuestionamientos está recibiendo dentro del Derecho Administrativo es la obligatoriedad del agotamiento de la instancia administrativa para poder demandar judicialmente al Estado. ¿Qué ha resuelto el Superior Tribunal de Justicia en su actual integración al respecto?

RESPUESTA: En este STJ que integro se ha sostenido el recaudo del agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto para la habilitación de la instancia contencioso administrativa.

Sin embargo se advierte una postura hacia la flexibilización de dicho instituto bregando por formas más sencillas y rápidas de transitar esa vía. Ejemplo de ello es lo resuelto en "García" (Sentencia 148/13) donde se expresó que si se ha expedido la máxima autoridad –en el caso el intendente- sería un rigor formal excesivo retrotraer a aquella instancia para que transite el procedimiento respectivo.-

Luego, en el precedente "Aguirre" (Se. 9/14) se otorgó por vía jurisprudencial un nuevo perfil a la vía reclamatoria, regulándola de un modo simple y ágil. En concreto, se resolvió que a los fines de agotar la vía administrativa resulta suficiente un único reclamo ante la máxima autoridad, quedando habilitada la jurisdiccional una vez que ésta se expida de modo expreso o se configure la denegación tácita o por silencio.-

En conclusión, entiendo que se está avanzando hacia la flexibilización de un rigor formal excesivo en el agotamiento de la vía administrativa, procurando siempre la tutela judicial efectiva.

PREGUNTA 2: Las distintas leyes de procedimientos administrativos provinciales establecen plazos de caducidad que oscilan entre 30 y 90 días hábiles dentro del cual el ciudadano tiene que interponer la formal demanda judicial una vez agotada la instancia administrativa. ¿Cómo relaciona Ud. este tipo de legislaciones con el espíritu y los alcances de la garantía de la Tutela Judicial Efectiva, consagrada en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica?

RESPUESTA: La regulación de presupuestos o condiciones para accionar –en el caso contra el Estado- por sí sola no colisiona a mi entender con las garantías constitucionales. Creo que existen garantías también constitucionales que hacen a la seguridad jurídica, la estabilidad de los actos públicos y la gobernabilidad que justifican la existencia de tales plazos. La razonabilidad de la extensión de los mismos lógicamente es una cuestión propia del Legislativo que luego en cada caso particular se deberá evaluar si lo exiguo o no atenta contra la tutela judicial efectiva.

¹⁴³ Ricardo Alfredo Apcarián es abogado egresado de la Universidad Nacional Del Comahue. Es especialista en Derecho de Daños y Contratos título otorgado por la misma Universidad en el año 2002. En el año 2005 obtiene una Diplomatura en Derecho Judicial, por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Recibió una Mención Académica, otorgada el 21 de abril del año 2012 por la Universidad Nacional Del Comahue en reconocimiento a la Trayectoria Profesional como egresado de la carrera de Abogacía. Se desempeñó como Director General Administrativo Legal y Técnico en la Municipalidad de Cipolletti, miembro titular del Consejo de la Magistratura de Río Negro en reiteradas oportunidades y Vicepresidente del Colegio de Abogados de General Roca entre otros cargos. Fue designado Juez del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en agosto de 2013.

Recordemos, por otro lado, que el mismo sistema interamericano de derechos humanos (46.1 apartado b) del Pacto de San José de Costa Rica) prevé plazos de caducidad para la habilitación al sistema.

PREGUNTA 3: En relación con la pregunta anterior, al establecer transitoriamente la Constitución Provincial la competencia de grado contencioso administrativa en las Cámaras de Apelaciones, designa como Tribunal de Alzada al Superior Tribunal de Justicia. Según su experiencia ¿Esta limitación de instancias procesales dificulta de alguna manera el normal accionar del Poder Judicial, y en especial del Superior Tribunal al establecer una intervención prematura?

RESPUESTA: No, de ese modo está funcionando desde el año 1988 y no ha producido mayores dificultades.

PREGUNTA 4: En la provincia de Río Negro aún no se ha creado el fuero contencioso administrativo, pese a lo reglado por el artículo 14 de las Normas Complementarias de la Constitución Provincial. ¿Esta falta de jurisdicción especializada puede resultar contraproducente a la hora de resolver temas propios del derecho Administrativo?

RESPUESTA: Nuestro criterio se inclina por la conveniencia de la jurisdicción especializada, de allí la iniciativa legislativa formulada. No obstante, Los temas han sido igualmente resueltos hasta el día de la fecha sin mayores complicaciones, y el proceso ha adquirido contornos propios en derredor de la doctrina del Superior Tribunal de Justicia, de consideración obligatoria para los jueces por imperio del art. 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-

PREGUNTA 5: ¿Cuáles serían a su criterio los aspectos más destacados del proyecto de ley que el STJ ha presentado ante la Legislatura de la Provincia y mediante el cual se crea el fuero Administrativo y se regula el proceso administrativo?

RESPUESTA: Algunos aspectos distintivos del proyecto remitido a la legislatura por el STJ son, en mi criterio, los siguientes:

A) Competencia orgánica o subjetiva; aspecto éste que lo diferencia de la totalidad de proyectos anteriores y contemporáneos en la Provincia.

Los litigios contra el Estado se concentrará en un fuero especializado que absorberá absolutamente toda la conflictividad (contractual, extracontractual, expropiaciones, desalojos etc.; con exclusión de la laboral, que se mantiene por el art. 209 en las Cámaras del Trabajo).-

Se eliminarán así las cuestiones de competencia, siempre tan engorrosas en los vínculos contractuales con el Estado y que han generado distintos tipos de criterios y dilaciones en todos los procesos.

La creación de un juzgado especializado en cada una de las circunscripciones judiciales, busca además otro efecto, que es descomprimir los actuales juzgados de primera instancia, al sacarle las ejecuciones fiscales, expropiaciones, desalojos, daños y perjuicios etc. El estudio que hemos hecho nos permite visualizar que quedarían equilibrados en lo que respecta la carga de trabajo.-

B) Resulta de muy fácil implementación, porque no innova en la práctica tribunalicia. Esto tiene dos derivaciones:

B1) El proyecto sólo regula en apenas 30 artículos los aspectos distintivos del proceso contencioso administrativo (admisibilidad de la acción, algunas reglas sobre competencia en beneficio del administrado – opción por el juez de su domicilio - ejecución de sentencia etc.). En todo lo demás remite al CPCyC.-

B2) No se incorporan nuevos institutos ni criterios. Lo que se hizo fue complementar el CPCyC con la doctrina actual vigente del STJ en materia contencioso administrativa, por lo que los jueces y abogados que hoy litigan – claro que en la medida en que la conozcan – seguirán haciéndolo sin tener que aprender ni memorizar nuevos plazos, pautas etc.-

B3) No está plagado de definiciones o conceptos, no tiene esa aspiración. Lo que se pretende es darles a los abogados, jueces y funcionarios, una herramienta simple que, sin mayores traumas, incorpore al CPCyC las particularidades que adquiere el proceso cuando una de las partes es el Estado; en cualquiera de sus estamentos.-

ENTREVISTA EFECTUADA AL DR. RAUL CAMPORA¹⁴⁴

PREGUNTA 1: Uno de los temas que en la actualidad más cuestionamientos está recibiendo dentro del Derecho Administrativo es la obligatoriedad del agotamiento de la instancia administrativa para poder demandar judicialmente al Estado. Según su opinión ¿Se justifica hoy en día mantener esta obligación de forma rígida, tal cual se encuentra reglada en la ley 2938?

RESPUESTA: Desde el punto de vista del ejercicio de la profesión de un abogado particular, el instituto del agotamiento de la instancia administrativa es una herramienta dilatoria creada por el estado para desalentar las demandas judiciales. Existiendo la vista previa a la Comisión Judicial de Transacciones, cualquier paso previo a la demanda directa es una demora innecesaria para el administrado.

PREGUNTA 2: Según la ley de procedimientos administrativos de Río Negro (ley 2938) una vez agotada la instancia administrativa empieza a correr un plazo de caducidad de 30 días hábiles dentro del cual el ciudadano tiene que interponer la formal demanda judicial. ¿Entiende Ud. que este plazo de 30 días respeta el espíritu y los alcances de la garantía de la Tutela Judicial Efectiva, consagrada en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica?

RESPUESTA: La garantía judicial efectiva se da en condiciones de igualdad con cualquier otro instituto del derecho, en sus principios generales. El plazo de 30 días representa, para el ciudadano común, una caducidad de su derecho, y como tal, debería aplicarse con carácter totalmente restrictivo y con plazo más razonable. Nótese que las acciones posesorias, tiene un plazo de caducidad de 1 año y la caducidad de instancia es de 3 meses, por lo que, el plazo de 30 días de causación de estado, es totalmente exiguo y violatorio del derecho de defensa.-

PREGUNTA 3: En similitud con algunas normas internacionales de avanzada, el art. 114 de la ley 1284 que regula el procedimiento administrativo en la Provincia del Neuquén, establece un sistema de legitimación activa amplio, otorgándole al ciudadano común, una herramienta de control de legalidad del accionar estatal. Según su opinión, ¿La inclusión de estas figuras jurídicas en las leyes procesales, podrían resultar beneficiosas como defensa de los sistemas republicanos de gobierno?

RESPUESTA: Como todo derecho de fondo, sea nacional, provincial o municipal, debe tener una vía procesal propia e idónea. Estimo que hace falta reglamentar, procesalmente, dicho ejercicio.

¹⁴⁴ Raúl José Cámpora es abogado por la Universidad Nacional del Comahue. Desde el año 1993 a la fecha ejerce la profesión en forma particular en el estudio "Cámpora & Asociados". Desde el año 2005 al año 2015 se desempeñó como Director Titular y Secretario Tesorero de la Caja Forense de la Provincia de Río Negro. Fue Presidente del Colegio de Abogados de Viedma entre los años 2012 y 2014. Fue designado Conuez en el Juzgado Federal de Viedma en varias oportunidades y desde el año 2014 integra el Jurado Examinador del Consejo de la Magistratura de Río Negro.

PREGUNTA 4: El art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica establece: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Según su opinión, un sistema férreo de agotamiento de instancia administrativa, con plazos de caducidad breves, ¿Respeto esta garantía procesal?

RESPUESTA: No respeta ninguna garantía que implique la defensa efectiva de los derechos del administrado. Conculca el derecho de peticionar ante las autoridades, el derecho de propiedad, el derecho de defensa y el derecho de acceso a la justicia.-

PREGUNTA 5: Con el sistema vigente en la Provincia de Río Negro de agotamiento de instancia, inexistencia de fuero especializado sumado a la falta de código de procedimiento contencioso y plazos de caducidad breves, ¿Entiende Ud. que al ciudadano común le resulta sencillo y fácil acceder a la Justicia, como garantía del accionar estatal?

RESPUESTA: Acceder es fácil, lo difícil es salir con un resultado satisfactorio. Al no tener jueces especializados en la materia, no se logran comprender el verdadero alcance a la limitación de los poderes del estado, ni las garantías de los ciudadanos, como parte más débil en la relación contencioso administrativa.-

PREGUNTA 6: En la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia en el caso "Aguirre, Graciela /Provincia de Río Negro" se establecen principios básicos a la hora de interpretar la figura del silencio administrativo. Ante los posibles cambios jurisprudenciales que se pueden presentar, ¿Entiende Ud. que resultaría conveniente regular estos principios en forma clara y precisa en la normativa procesal vigente?

RESPUESTA: Entiendo que el Poder Judicial es garante de la imparcialidad en sus juicios. En mi opinión no habría que regular legalmente la interpretación de la ley, porque es una materia reservada a los jueces. Por otra parte permite mayor elasticidad y plasticidad, tanto a distintas situaciones, como al paso del tiempo y la adecuación del instituto a cada realidad histórica.