



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

CORVALÁN, Juan Gustavo

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

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1111-
1165

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42724584007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA VS. TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA (HACIA UNA MODULACIÓN
RAZONABLE DEL ACCESO A LA JUSTICIA)*
*EXHAUSTION OF ADMINISTRATIVE REMEDIES. EFFECTIVE
JUDICIAL PROTECTION (TOWARDS A REASONABLE
MODULATION OF ACCESS TO JUSTICE)*

Juan Gustavo CORVALÁN**

RESUMEN: En este estudio se abordará el instituto del agotamiento de la vía administrativa desde una perspectiva comparada, histórica y analítica. Partiendo de la base de que los derechos no son absolutos y el legislador puede configurar en forma razonable su instrumentación, pretendemos demostrar la racionalidad del agotamiento de la vía administrativa siempre que se desarrolle en un contexto estructural normativo, material y humano adecuados. De lo contrario, el propio sistema debería contener la válvula que admite, sin dilaciones, el acceso a la justicia. Puntualmente, en casos concretos, el juez debe interpretar y valorar la utilidad del agotamiento. Frente a la duda o ante cualquier “retardo injustificado”, por cualquier razón, se deberá prescindir de agotar la vía administrativa antes de acceder a la justicia.

Palabras clave: acceso, justicia, agotamiento, vía administrativa.

ABSTRACT: This work will address the institute of exhaustion of administrative remedies from a comparative, historical and analytical perspective. On the basis that the rights are not absolute, and the legislator can configure in a reasonable way its instrumentation, we intend to demonstrate the rationality of the exhaustion of administrative remedies whenever is developed in an adequate structural normative, material, and human context. Otherwise, the system itself should contain the valve that supports, without delay, the access to justice. Promptly, in specific cases, the judge must interpret and assess the usefulness of exhaustion. In case of doubt or “unwarranted delay”, for any reason, it should be dispensed with to exhaust administrative remedies before access to justice.

Keywords: access, justice, exhaustion, administrative way.

* Artículo recibido el 12 de abril de 2012 y aceptado para su publicación el 7 de enero de 2012. Agradecemos la valiosa colaboración de Laura Inés Iorio, quien ha tenido la deferencia y amabilidad de traducir la doctrina, jurisprudencia y normativa del francés al español.

** Profesor de Derecho administrativo en varias universidades de la República Argentina; gerente de Asuntos Jurídicos de Defensa y Protección del Consumidor, y usuario del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

SUMARIO: I. *Introducción. Objetivos y aclaraciones metodológicas.* II. *Los postulados básicos en torno al instituto, y el esquema diseñado por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.* III. *Antecedentes históricos del instituto.* IV. *Los fundamentos y los “fines” que se han atribuido al agotamiento de la vía administrativa.* V. *El agotamiento de la vía administrativa en Francia. El recurso administrativo optativo como regla.* VI. *El agotamiento de la vía administrativa en el derecho estadounidense. El baremo que se utiliza para determinar su “utilidad”.* VII. *El agotamiento de la vía administrativa en Alemania. El “retraso inútil” como baremo que regula su configuración.* VIII. *Breves referencias acerca del agotamiento de la vía administrativa en la jurisprudencia argentina.* IX. *Los embates doctrinarios contra el agotamiento de la vía administrativa como regla.* X. *Conclusiones. Crítica y propuesta. Acceso irrestrictivo y directo vs. agotamiento de la vía administrativa. Hacia una superación de la antinomia en aras de adoptar un sistema razonable que module el acceso a la justicia.*

I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS Y ACLARACIONES METODOLÓGICAS

El agotamiento de la vía administrativa es una categoría del derecho administrativo que ha venido suscitado numerosos embates por parte de la doctrina.¹

En el presente estudio nos proponemos dos objetivos concretos. En primer lugar, identificar el foco del debate en torno a su justificación y existencia. En segundo lugar, sentar una posición cuyo norte es superar la antinomia —justificada en nuestro esquema normativo actual—² entre “agotamiento de la vía administrativa” y “tutela judicial efectiva”.

¹ Como bien ilustra Bianchi, una de las reglas básicas del proceso contencioso-administrativo en Argentina es que el mismo sólo puede comenzar luego de producido el llamado agotamiento de la vía administrativa. Véase Bianchi, Alberto, “Declinación y caída del control judicial de la administración pública”, Suplemento Extraordinario Administrativo, *La Ley*, Buenos Aires, agosto de 2010, p. 15.

² Como intentaremos reflejar en este estudio, las falencias que presenta el agotamiento de la vía se relacionan con el sistema global estructurado por la LNPA.

Sobre esta plataforma, tenemos para nosotros que el sistema de organización político-jurídico³ en nuestro país se asienta en los siguientes pilares: primacía de la norma fundamental,⁴ principio de legalidad,⁵ división de poderes,⁶ y tutela judicial efectiva.⁷ Adviértase que en Europa, el Estado de derecho actual se erige sobre las siguientes piedras angulares:

³ Spota afirma lúcidamente que nuestros padres constituyentes tomaron de ejemplo y siguieron el camino trazado por la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, en cuanto a la organización política. Ambas han hundido y entrelazado sus raíces ideológicas al “beber aguas en la obra de los grandes librepensadores iluministas propios de la Francia del siglo XVIII”. Véase Spota, Alberto Antonio (h), “Método cartesiano, ius-naturalismo y sistema republicano de Gobierno”, *Boletín Informativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XVII, núm. 181, mayo de 2001, p. 9.

⁴ Como acertadamente señala Cassagne, el paso del Estado legal al Estado constitucional fue resuelto desde nuestros orígenes fundacionales, mediante la incorporación de la supremacía de la Constitución (artículo 31 de la Constitución Nacional Argentina) y en la consagración en ella de derechos y garantías. Véase Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 31. Bianchi, por su parte, entiende que la cláusula de supremacía del artículo VI de la Constitución estadounidense fue reproducida con finalidad en nuestro artículo 31. Véase Bianchi, Alberto, “Bases constitucionales del derecho administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, año XX, 2008, p. 1104.

⁵ El principio de legalidad constituye una “sección” del derecho administrativo que comienza en la Constitución. Véase Bianchi, Alberto, “Bases constitucionales...”, cit., p. 1112. Mairal sostiene que en un Estado de derecho, la sumisión del gobierno a la ley constituye la piedra de toque del sistema. Véase Mairal, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 109, con cita de Aberastury, Pedro, “Control jurisdiccional del acto administrativo”, en Diez et al., *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pp. 171 y 172.

⁶ Salomoni, Jorge Luis, “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino”, en Muñoz, Guillermo y Salomoni, J. (dirs.), *Problemática de la administración contemporánea. Una comparación europeo-argentina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 155 y 156. El autor sólo se refirió a los tres pilares, y no incluyó en la enumeración del derecho a la tutela judicial efectiva. Véase, asimismo, CSJN, Serra, Fernando H. c/ MCBA, *LL* 1995-A-395, sentencia del 26-10-93, considerando 7o.

⁷ Véase CSJN, Serra..., cit. Este principio ha sido tratado *in extenso* en los últimos años. Para apreciar un completo desarrollo en el derecho español y europeo, véase Gállega Rodrigo, S., *Sistema europeo de justicia administrativa*, Madrid, Dykinson, 2005; por su parte, García de Enterría afirma que la exigencia de una justicia administrativa extensa y reforzada se vio impulsada por los preceptos constitucionales y, en concreto, por las posibilidades que otorga el principio de tutela judicial efectiva. Véase García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, 6a. ed., Madrid, Civitas, 2009, p. 137.

principio de legalidad, separación de poderes, derechos fundamentales y tutela judicial.⁸

Teniendo en consideración estos pilares, cabe aclarar que no nos avocaremos a relevar exhaustivamente las numerosas y variadas hipótesis en las que se perfila el instituto objeto de examen. Es decir, prescindiremos de un abordaje profundo sobre la proyección de la categoría en torno a las pretensiones y acciones procesales administrativas existentes en el derecho argentino.⁹

Sí, no obstante, conviene hacer algunas aclaraciones metodológicas.

Primero: si pretendemos que la discusión no se transforme en una mera batalla dialéctica entre tutela judicial efectiva *vs.* agotamiento de la vía, debemos precisar y esclarecer (siguiendo a Luhmann y a Bacigalupo) los puntos de partida de las cadenas argumentales de las fundamentaciones jurídicas.¹⁰

⁸ Véase, por todos, Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 54. Ya en 1951, Jellinek resaltaba los tres aspectos de Alemania como Estado de derecho: imperio de las leyes, existencia de derechos fundamentales y protección de esos derechos por tribunales independientes. Véase Jellinek, Walter, “Alemania como Estado de derecho”, *Revista de Administración Pública Española*, núm. 6, septiembre-diciembre de 1951, p. 348. A nuestro entender, la diferencia esencial actual entre nuestro régimen jurídico público y el continental europeo (y principalmente con Alemania), en relación a los postulados esenciales que informan el Estado de derecho, viene dada por el escaso desarrollo dogmático y constitucional de la categoría de los “derechos fundamentales”. En Alemania, por el contrario, todo el sistema jurídico actual se construye alrededor de esta noción. Inclusive, se ha llegado a sostener que los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de derecho, que más decisivamente ha influido en la evolución del derecho administrativo de posguerra. *Idem*. Sobre la teoría de los derechos fundamentales, véase el brillante y agudo estudio de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. y est. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁹ Por lo general, haremos referencia a la vía impugnativa prevista en los artículos 23 y 24 de la LNPA.

¹⁰ Aclaramos que Bacigalupo (siguiendo a Luhmann) se refería aquí a las fundamentaciones jurídico-penales. Véase Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 24 y 25, con cita de Luhmann, *Rechtsystem und Rechtsdogmatik*, 1974, p. 15. García también sigue a Bacigalupo respecto a la decisión como presupuesto para elaboración de las cadenas argumentales dogmáticas. Véase García, Luis M., *Reincidencia y punibilidad. Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 4-7.

Las cadenas argumentales de la dogmática tienen como primer eslabón las decisiones.¹¹ Éstas no deberían ser excluidas de la discusión crítica ni del objeto de la ciencia;¹² menos aun cuando el orden jurídico se basa en ellas.¹³

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

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

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

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

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

Concluido este proceso, es importante precisar en casos concretos, si el incumplimiento de los fines de la institución responde a su inutilidad in-

¹¹ Como bien señala Bix, “resulta esencial que los teóricos sean tan claros como sea posible sobre las razones subyacentes [y a su vez] las definiciones... necesitan alguna base para reclamar que una definición es mejor que la otra, y aquí es donde uno necesita referirse al propósito de la definición”. Por tanto, lúcidamente concluye: “hasta que un teórico ofrezca bases para valorar las definiciones conceptuales y las razones para adoptar una antes que la otra, los argumentos acerca de la verdad o corrección de una definición conceptual son infundados y sin sentido”. Véase Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 33-34 y 38.

¹² Véase Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 43.

¹³ Véase Supiot, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 210.

manente, o bien a la falta de adecuación o inutilidad de los componentes del sistema en el que se inserta.

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

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

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

Si ello no sucede, a nuestro juicio debe mantenerse la institución¹⁴ (con algunas modulaciones), y lo que se debe modificar es el entorno o esquema normativo en el que ella se inserta, y las condiciones materiales y humanas que posibilitan el cumplimiento de sus fines.

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

II. LOS POSTULADOS BÁSICOS EN TORNO AL INSTITUTO, Y EL ESQUEMA DISEÑADO POR LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

El agotamiento de la vía¹⁵ a trazo grueso se incardina en el espectro de recursos y reclamos administrativos y asume distintas modalidades. En

¹⁴ Esto no significa que en el caso concreto, el juez al cumplir su rol declare la inutilidad del agotamiento. Nos estamos refiriendo aquí a un análisis macro y no micro.

¹⁵ García Pullés entiende que el agotamiento de la vía administrativa (que configura la habilitación de la jurisdicción contencioso-administrativa) exige como regla general el

sentido amplio y genérico, podríamos enunciar su contenido del siguiente modo: en ciertas hipótesis,¹⁶ antes de acceder a la justicia, el justiciable debe cumplir con presupuestos procesales específicos de admisibilidad impuestos por el legislador.¹⁷

Con mayor rigor conceptual, coincidimos con Aguilar Valdez en cuanto a que el verdadero presupuesto procesal¹⁸ de la pretensión que configura el agotamiento de la vía, es aquél mediante el cual se establece uno o más recursos obligatorios previos en sede administrativa.¹⁹

Por lo general, el agotamiento de la vía presenta dos especies concretas.²⁰ La llamada *vía impugnativa* y la denominada *vía reclamativa*.²¹

La regulación normativa de sendas hipótesis se encuentra prevista en los artículos 23 y 24 (en concordancia con los artículos 84 y 90 del Decreto 1759/1972) y 30 a 32 respectivamente de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA).

previo planteo de la cuestión en sede administrativa y, eventualmente, el acceso a un determinado nivel jerárquico en el autor de la decisión sobre tal planteo previo. Véase García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 399.

¹⁶ Con acierto Aguilar Valdez afirma que el “agotamiento”, en sentido estricto, constituye un instituto propio del procedimiento administrativo que no necesariamente tiene su reflejo en las condiciones de acceso a sede judicial. Véase Aguilar Valdez, O. R., “El agotamiento de la vía administrativa”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Tratado de derecho procesal administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 611.

¹⁷ En Francia se admite que el legislador o la administración en ejercicio de su poder reglamentario puedan prever recursos obligatorios previos. Véase Chapus, René, *Droit administratif général*, 9a. ed., t. I, París, Montchrestein, 1995, p. 708, y fallo Houlbreque (CE, Lebon, 18 de noviembre de 2003, p. 513; *Revue Française de Droit Administratif*, t. X, Girardot, 2006; *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 205, 2453, concl. C. Landais y F. Lenica). Véase Bonichot, C. et al., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, París, Dalloz, 2007, pp. 695-700.

¹⁸ En el célebre y polémico fallo “Gorordo”, la Corte Suprema ha considerado que el agotamiento constituye un presupuesto procesal de la pretensión. Véase fallos 322:73 (1999), especialmente considerandos 7o. y 8o.

¹⁹ Aguilar Valdez, O. R., *op. cit.*, pp. 611 y 612.

²⁰ García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, p. 406.

²¹ Un resumen de la crítica a este diseño normativo puede verse en Soria, Daniel Fernando, “Las vías administrativas previas en el contencioso federal”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 816-820.

En ambas especies, y en otros supuestos, no debemos confundir los presupuestos procesales de admisibilidad con la “regla de la decisión previa”, *la règle de la décision préalable*, del derecho francés. En este país, esta regla asume la siguiente modalidad: el administrado debe dirigirse primero a la administración y sólo frente a un rechazo total o parcial, podrá recién (de forma optativa por regla) presentarse ante el juez.²²

Ahora bien, sin mayores preámbulos, decidimos exponer el nudo gordiano que plantea la regla en comentario bajo los siguientes interrogantes retóricos: a) ¿existen justificaciones válidas para que se configure la regla del agotamiento de la vía administrativa como requisito *obligatorio* previo al acceso a la justicia?²³ De esta respuesta afirmativa, b) ¿puede ser conciliada con el derecho a la tutela judicial efectiva? Si esto último es posible, c) ¿cuáles son los requisitos para que puedan coexistir?

Los diversos y numerosos autores que se han ocupado de esta problemática, han abordado con diferentes matices e intensidad el aspecto teleológico de la regla del agotamiento de la vía administrativa. A nuestro entender, en nuestro país esta categoría se perfiló y consolidó jurisprudencialmente²⁴ para luego ser instaurada por el legislador con la sanción de la LNPA.²⁵

²² Desde cierto sector de la doctrina francesa, esto se opone al derecho de citación directa del derecho civil. Véase Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit administratif*, 21a. ed, París, Dalloz, 2006, p. 569. Una descripción de la “regla de la decisión previa” puede verse en Benoit, Francis Paul, *El derecho administrativo francés*, trad. de Rafael Gil Cremandes, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pp. 462-468.

²³ Armando Canosa, en diversos estudios, ha criticado a este instituto (actualmente postula su eliminación). Entre otros estudios, véase Canosa, Armando, *El procedimiento administrativo en la reforma del Estado*, Universidad Austral, Facultad de Derecho; *id.*, *El derecho administrativo argentino hoy*, vol. 1, 1996, pp. 78-86; *id.*, “Propuestas de reformas al régimen de impugnación de actos administrativos”, *Jornadas de la Universidad Austral “Cuestiones de procedimiento administrativo”*, Buenos Aires, RAP, 2006, pp. 714-724; *id.*, “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, vol. 323, pp. 75-88; y, recientemente, en *id.*, “Los denominados pactos internacionales y su influencia sobre la habilitación de la instancia en el derecho nacional”, *Revista Argentina del Régimen de Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, vol. 381, pp. 239-245.

²⁴ Véase CSJN, fallos 288:398. En este caso se atribuyó a los recursos contenciosos administrativos una esencia tendiente a agotar las instancias administrativas.

²⁵ Este aspecto ha sido destacado por Luqui, Roberto E., *La revisión judicial de la actividad administrativa*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 93; Aberastury, de modo crítico, ha puesto énfasis en destacar con nutridos fundamentos el hecho de que no es esencial a nuestro

Por lo general, disímiles y múltiples argumentos pragmáticos pretenden dar sustento a su existencia. En el derecho estadounidense²⁶ se advierte con nitidez la abundante jurisprudencia que pretendió dar cuenta de justificaciones a la regla del agotamiento de la vía administrativa.²⁷

Sin embargo, no menos cierto es que se han acudido a fundamentos jurídico-dogmáticos y, en menor medida, a los que se refieren a un plano constitucional.²⁸

sistema jurídico la necesidad de una decisión previa, toda vez que la intervención de la justicia se realiza sin necesidad de condicionamiento alguno. Véase Aberastury, Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 145. Disentimos en este aspecto con el precitado autor. La tutela judicial efectiva, aun cuando se presenta como un derecho fundamental, no puede ser entendido en términos absolutos, y admite, por tanto, modulaciones. Que ellas sean la excepción y de interpretación restrictiva, no implica la existencia de un condicionamiento que pueda imponer el legislador de modo razonable.

²⁶ En el derecho estadounidense, ha sido la jurisprudencia y no la APA quien ha impuesto la regla del agotamiento previo de los “remedios” o vía administrativa. Véase Tawil, Guido, *Administración y justicia*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 100. En consonancia, Bianchi sostiene que la APA induce a sostener la inexistencia de la regla del agotamiento. Véase Bianchi, Alberto, “Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de la caducidad. ¿A quién protege el procedimiento administrativo?”, en varios autores, *Jornadas de la Universidad...*, cit., p. 867, con cita del USC, título 5, sección 704. Este último autor refiere que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ratificado en reiteradas oportunidades que el agotamiento es exigible y se discute si ello podría considerarse como una regla general. *Idem*, pp. 867 y 868, con cita de *Myers vs. Bethlehem Shipbuilding Corp*, 03 US 41 (1938) y *MacKart vs. United States*, 395 US 185 (1983).

²⁷ Un panorama acerca del derecho estadounidense puede verse en Mairal, Héctor, *op. cit.*, pp. 307-314; Tawil, Guido, *Administración...*, cit., pp. 99 y ss., y Cuchillo Foix, Montserrat, *Jueces y administración en el federalismo estadounidense (el control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 217 y ss.

²⁸ En Alemania, la vía administrativa tiene cobertura constitucional conforme se desprende del &19.4 de la LF. Es decir, no se exige que el particular pueda invocar el auxilio de un tribunal de modo inmediato (*sofort und unmittelbar*), sino sólo que pueda acceder ante tales tribunales. Véase González-Varas Ibáñez, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993, p. 377. A nuestro criterio, de modo directo no puede deducirse que la Constitución brinde sustento a la categoría. Muy por el contrario, la incorporación y jerarquización constitucional del Pacto de San José de Costa Rica (específicamente en sus artículos 8 y 25.1) constituye —entre otros— un valladar determinante para quienes pretendan fundamentar constitucionalmente de modo directo el agotamiento de la vía administrativa. Sin embargo, creemos que la discusión no debe girar en estos términos absolutos. Hasta ahora, esta problemática ha sido expuesta en términos absolutos. Acceso irrestricto directo y libre *vs.* Agotamiento de la vía. Según nuestra perspectiva, y en este coincidimos con la óptica alemana, el derecho a la tutela judicial efectiva (como todo derecho) no es absoluto y admite modulaciones. Que el legislador razonablemente

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL INSTITUTO²⁹

Si atendemos las agudas palabras de Michael Foucault, entonces debemos aceptar que la historia y el derecho público actúan en forma conjunta. Es decir, “los problemas puestos por el derecho público y la delimitación del campo histórico tienen una correlación fundamental”.³⁰

En este escenario, coincidiendo con Benoit, “para conocer y comprender verdaderamente nuestras instituciones administrativas conven-

module la intervención de la justicia (como ocurre en todas las ramas del derecho), bajo ningún punto de vista puede ser entendido como un avasallamiento a la tutela judicial efectiva. Para apreciar con claridad meridiana la imposibilidad de atribuir fundamentos constitucionales al agotamiento de la instancia administrativa, véase Bianchi, Alberto, “Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa”, *LL*, 1995-A-431. En un sentido análogo, véase Soria Daniel Fernando, *op. cit.*, pp. 818 y 819. En consonancia, Aberastury plantea que la decisión previa no constituye un requisito constitucional para demandar al Estado y se encuentra en contradicción con ella (a no ser que se realice por medio de una reglamentación razonable). Véase Aberastury, Pedro, *La justicia..., cit.*, p. 146. Guastavino considera en este aspecto que la regla del agotamiento (al igual que la doctrina de la jurisdicción primaria) constituye un mecanismo que regula la oportunidad de la intervención de los jueces mediante la correlación de las funciones de la administración y el Poder Judicial. Véase Guastavino, Elías, P., *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, 2a. ed. act., t. I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1989, pp. 242 y 243. En similar sentido se pronuncia Luqui, para quien el agotamiento de la vía administrativa es una regla propia del funcionamiento de los poderes. La justicia no puede conocer y decidir —afirma— un conflicto planteado entre un particular y la administración, mientras se está sustanciando en sede administrativa. “Se produciría una injerencia en el ejercicio de las funciones de la administración, si la justicia resolviera una controversia antes de que lo pueda hacer el órgano superior del ente administrativo”. Véase Luqui, Roberto E., *op. cit.*, pp. 93 y 94.

²⁹ Véase, asimismo, Gallegos Fedriani, P. y Corvalán, Juan Gustavo, “La apreciación global y el balance de la urgencia en los procesos urgentes (procesos de urgencia (*référés*), medidas cautelares autónomas, medidas autosatisfactivas y medidas de urgencia)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 385, Buenos Aires, RAP, 2010, pp. 180 y 181. Un excelente relevamiento acerca de los antecedentes históricos del instituto (sin relevar el periodo medieval) puede verse en Aguilar Valdez, O. R., *op. cit.*, pp. 613-623.

³⁰ Véase *Defender la sociedad, curso en el Collage de France (1975-1976)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 121.

dría, pues, seguir paso a paso su génesis desde la Edad Media hasta nuestros días”.³¹

Mucho más aun cuando (como afirma Supiot) “el periodo medieval ha sido pasado por alto en numerosos autores contemporáneos cuando describen la génesis de nuestras categorías jurídicas básicas. Cuando no fijan sencillamente el origen del mundo en 1789... saltan directamente de la Antigüedad al Renacimiento, del derecho romano a los derechos nacionales”.³²

Sobre tal plataforma, si bien excede el objeto de estas breves líneas desarrollar la categoría desde un punto de vista histórico,³³ lo cierto es que puede apreciarse su existencia con nitidez en el periodo medieval.³⁴

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

³¹ Benoit, Francis Paul, *op. cit.*, p. 11.

³² Supiot, Alain, *op. cit.*, p. 234.

³³ Como bien apunta Nieto, la historia del derecho sirve para tomar conciencia de la fugacidad de los sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, pone en evidencia la solidez de determinado factores que se mantienen constantes desde que el hombre conoce su propio pasado. En palabras del agudo jurista español: “Cada periodo histórico construye su propio derecho, condenando a muerte cuando perezca aquél, y, sin embargo, hay un núcleo que permanece inalterable por debajo de sus manifestaciones episódicas”. Nieto, Alejandro, “El derecho como límite del poder en la Edad Media”, *Revista de Administración Pública*, núm. 91, 1980, p. 8.

³⁴ Se denomina “Baja Edad Media” al periodo que comprende los siglos XIII al XV. La “Alta Edad Media” constituye el periodo que, por lo general, se sitúa entre los siglos IX a XIII. En ambos períodos ya existían relaciones jurídicas entre los individuos y el poder público (vasallo-príncipe), que operaban como un límite jurídico del poder y expresaban una concepción muy particular del derecho. Como dato relevante, debe tenerse en consideración las palabras de Nieto en relación a que la descripción de la Edad Media debe ser concebida bajo una idea del derecho y de la sociedad política propia de la época (en el contexto histórico español —agregamos—). Véase Nieto, Alejandro, *op. cit.*, p. 9.

En este derrotero encontramos que en la Baja Edad Media³⁵ la vía de gobierno³⁶ constituía una instancia *previa* a la judicial. Antes de acudir al “proceso” se debía concurrir ante el superior de quien dictó el acto agravante.³⁷ Se instituyó en esta época una auténtica vía de recursos independiente de la judicial;³⁸ no obstante —cabe aclarar—, ambas vías coincidían en su vértice en la figura del rey.³⁹

³⁵ A partir de la doble personalidad del príncipe, que refleja la doble personificación de la idea de justicia, se perfila la existencia de dos medios de reparación de los agravios, de dos vías. Por un lado, la vía gubernativa a la que acude la petición. Por otro, la de la justicia que se resuelve en el proceso (ello se avizora en las *Crónicas* de Alfonso X y en las Cortes de Valladolid de 1312). Entonces, en este periodo (que a grandes rasgos puede referenciararse entre 1252-1504) el recurso (llamado de gobierno en forma genérica y como especie por autonomía, el de alzada) se presenta o bien como acción en sentido lato, o bien como una pretensión contra un acto lesivo, por quien ha sido agraviado con la finalidad de obtener la anulación o modificación del acto contra derecho de aquella persona u órgano que lo realizó o su superior jerárquico. Véase Villapalos Salas, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, pp. 124-125.

³⁶ No debe perderse de vista que existen diferencias importantes entre el concepto de acto administrativo actual y la noción de acto de Gobierno. Véase al respecto, Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid, Monte-corvo, 1986, p. 63. La descripción breve que este autor efectúa en relación con la Baja Edad Media, sigue, en esencia, los estudios de Gustavo Villapalos Salas. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *op. cit.*, pp. 62 y ss.

³⁷ *Ibidem*, p. 122. Sin embargo, el precitado autor pone de relieve que, por regla, la elección de la vía de gobierno sería opcional. *Ibidem*, p. 125.

³⁸ En Castilla, hacia el siglo XIV, existía un ejercicio de la jurisdicción por distritos territoriales, gradación jerárquica de las instancias; disposición de una última instancia de apelación y suplicación junto al rey, consolidación de la función de órganos ejercientes de la jurisdicción real tanto por la “vía de justicia como de gobierno”. Véase Arrieta Alberdi, Jon, “Justicia, gracia y gobierno en la Castilla bajomedieval y moderna: dos recientes aportaciones”, *Pedralbes*, núm. 16, 1996, p. 226.

³⁹ Las similitudes que se presentan entre los principios del procedimiento administrativo y el denominado “derecho procesal administrativo” actual, nos enerva de mayores comentarios. Más aun, ambas vías en la Edad Media se distinguían por a) la denominación (en un caso se llama *appellatio* y en otro *provocatio* o petición); b) el fundamento de la causa. En la vía judicial habrá de ser determinado y cierto, en la gubernativa bastará con la genérica e incierta; c) puede suplirse por un agravio que se teme, mientras que sólo se apelará de actos —hechos o sentencias— pasados; d) en la petición es distinto el régimen de la prueba; e) mientras que en la apelación se trata, por lo general, de impugnar una sentencia, en la petición se ataca el hecho; f) en la judicial existe un procedimiento rígido y minucioso que no se presenta en la vía gubernativa. Villapalos Salas, Gustavo, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

Con las Partidas aparecen los *privilegios* del fisco (llamado también Cámara del rey) y la figura del “procurador fiscal” que representaba al fisco o al rey en los juicios. El procurador había de intervenir obligatoriamente en todos los casos en que se resolviera alguna exención de impuestos y en los casos en los que se lo asimilara a un particular.⁴⁰

El *Espéculo* y las *Partidas* regulaban de modo genérico y completo los órganos jurisdiccionales⁴¹ (también los recursos para acceder ante ellos) siendo el rey la última instancia de esta pirámide jurisdiccional. Es decir, el rey era concebido sobre todo como juez y conservador del derecho antes que un legislador.⁴²

⁴⁰ En la Edad Media existía una confusión entre lo público y lo privado, situación que se evidenciaba en la generalización de las potestades domésticas y privadas del rey a casi todos los asuntos de lo que hoy se denomina Estado. Véase Nieto, A., *op. cit.*, p. 59, con cita de Lalinde, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 503 y 504.

⁴¹ Estos se subdividían en tres: jurisdicción ordinaria, extraordinaria o delegada y, por último, la arbitral.

⁴² Véase Marongiu, A., “Un momento típico de la monarquía medieval; el rey juez”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. XXIII, 1953, pp. 677-716, citado por Villapalos Salas, Gustavo, *op. cit.*, p. 19. Tanto el rey como sus oficiales debían acatar las leyes. Los recursos “judiciales” contra los oficiales eran los denominados ordinarios, la querella o la alzada. Contra los actos del rey se habría de acudir, en cambio, a un recurso extraordinario denominado la “suplicación”. Por otra parte, paralela a la vía judicial, existía una vía de “gobierno” en donde se desenvolvían otros recursos que se resolvían sumariamente. El más significativo de estos era la “pesquisa” que se utilizaba también contra los agravios causados por el rey o sus oficiales en el uso del oficio, pudiendo “optar” el particular, en caso de agravio, entre la pesquisa del agravio o la querella judicial contra el oficial que le agravió. Véase Villapalos Salas, Gustavo, *op. cit.*, pp. 19 y 20. Ahora bien, es preciso recalcar que en la Alta Edad Media, también el rey se medía por la jerarquía de sus atribuciones judiciales, siendo su figura opuesta a la de un príncipe absoluto. Como destaca García de Valdeavellano, “la Monarquía no fue en la España medieval una monarquía absoluta, porque el poder real encontraba su limitación no sólo en las normas morales y religiosas... sino también en el derecho y en la costumbre del país, que protegían los intereses generales del Reino y los estatutos jurídicos de los súbditos derivados de un estado o condición social... el príncipe no era en los Estados de la reconquista un monarca absoluto sin sujeción a las normas que decretase, o que estuvieran fijadas por la costumbre y, al igual que los súbditos, estaba obligado a respetar el ordenamiento jurídico vigente... de tal manera que las decisiones o mandatos del rey contrarios al ordenamiento constituyan una violación del

Acudir a la vía de gobierno⁴³ o a la judicial era una cuestión opcional e incluso alternativa.⁴⁴ Con ella se pretendía evitar la ejecución de un acto escrito que reuniera dos requisitos: ser contrario a derecho —debía en principio vulnerar una norma de superior “fuerza y vigor” o lesionar la titularidad de un súbdito— y causar, de aceptarse el acto, *un mal irreparable y cierto*.

En tal periodo histórico en que el sistema de garantías y control de legalidad de la administración, no se encontraba configurado con especificidad, la suspensión del acto resultaba ser el medio más idóneo de los que podía disponerse para evitar que se llevaran a ejecución actos de gobierno contrarios al derecho.⁴⁵

En el siguiente epígrafe, nos acercaremos a las bases y própositos que se han manejado en torno a la categoría del agotamiento de la vía administrativa.⁴⁶

mismo, que debía ser reparada en justicia, un acto de fuerza y un quebrantamiento del derecho del país”. Véase García de Valdeavellano, *Apuntes de historia del derecho español*, 1964, p. 457, citado por Nieto, A., *op. cit.*, pp. 14 y 15. Esta concepción, en cierta forma, coincide con los argumentos que Janet trae a colación al analizar el fundamento y la finalidad última de Montesquieu en el espíritu de las leyes. En efecto, para Janet, si Montesquieu se ocupa extensamente del despotismo y ve con tanta complacencia la diferencia del despotismo y la monarquía, ello se debe a que cree en la transformación de las instituciones monárquicas de Francia, una inclinación evidente hacia el despotismo y, por tanto, desea el retorno a la antigua monarquía francesa parlamentaria y aun feudal, rodeada de los cuerpos del Estado y fundada sobre una jerarquía de privilegios, de prerrogativas, de franquicias y de derechos particulares. Véase Janet, Paul, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 5a. ed., París, Alcan, t. II, pp. 361-365, según cita de Tristán Bosch, Jorge, *Ensayo de la interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1944, p. 40, nota 8.

⁴³ El recurso de gobierno se encauzaba en un procedimiento específico y simplificado que se extendía a los casos en que: 1) se impugnara los actos contra derecho del rey, los señores y las corporaciones; 2) existieran conflictos de poder y jurisdicción y 3) la deducción de responsabilidad patrimonial. Villapalos Salas, Gustavo, *op. cit.*, p. 125

⁴⁴ Se podía, así, acudir a una u otra o ambas a la vez. Véase *ibidem*, p. 125.

⁴⁵ Al respecto, resulta de particular trascendencia el estudio efectuado por Villapalos Salas en relación a la suspensión del acto en la Baja Edad Media. Véase *ibidem*, pp. 193-202.

⁴⁶ García Pullés lúcidamente diferencia los fines del procedimiento administrativo y los que se corresponden con el agotamiento de la vía administrativa. Según este autor,

**IV. LOS FUNDAMENTOS Y LOS “FINES”
QUE SE HAN ATRIBUIDO AL AGOTAMIENTO
DE LA VÍA ADMINISTRATIVA**

Como se ha podido advertir, la categoría ha estado presente con antelación al surgimiento del constitucionalismo moderno.

De hecho, si tenemos en cuenta las raíces medievales españolas, resulta lógico que en España se haya afianzado el agotamiento en el siglo XIX.⁴⁷

Ahora bien, sin detenernos en revisar mayores detalles de este desarrollo histórico, tanto en el derecho comparado como en nuestro país se han esbozado diversos fundamentos acerca de la categoría del agotamiento de la vía administrativa.⁴⁸

Enseguida, destacaremos siete fundamentos (asimismo, véase *infra*, epígrafes V, 2; VI, 1; VII, 3 y 4, y VIII):

los diversos fines que se han asignado a esta última categoría (instancia de conciliación, el control preventivo de legalidad y de oportunidad, la mejora de fundamentos, entre otros), en realidad pertenecen a la órbita del procedimiento administrativo. Véase García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, p. 402. Nos parece, no obstante, que en realidad la discusión se centra en una cuestión de género a especie. Dentro del procedimiento administrativo se inserta este instituto que concreta, en ciertos casos (y sujeto de determinadas circunstancias específicas que rodean su aplicación), ciertos fines (no todos) específicos del procedimiento administrativo. Lo que no puede negarse es que esta regla tiende a modular (en muchos casos y conforme su regulación normativa, a restringir de modo inválido) la relación existente entre la administración y la justicia. Por otra parte, como bien destaca Cassagne, el procedimiento administrativo suele contener en los ordenamientos positivos una serie de principios de carácter general que hacen a la propia función del procedimiento. Véase Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 9a. ed., t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 669.

⁴⁷ En este sentido, es de imprescindible lectura la obra de Gallego Anabitarte, Alfredo, *Poder y derecho. Del antiguo régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

⁴⁸ En el derecho estadounidense se atribuye a la categoría un doble fundamento jurisdiccional y legislativo. Los requisitos judiciales de agotamiento (*judicial requirements of exhaustion*) y los requisitos jurisdiccionales establecidos por la ley (*statutorily specified jurisdictional prerequisites*). Véase Weinberger *vs. Salfi*, 422, US 749, 766 (1975), citado en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

- a) Posibilita a la administración el privilegio⁴⁹ o la prerrogativa⁵⁰ de no ser llevada a juicio sin aviso previo;⁵¹
- b) Se le atribuye la función de “abrir una etapa preliminar de conciliación”, *destinée à ouvrir un préliminaire de conciliation*.⁵²
- c) Respeta la “independencia”, “autonomía” y promueve la eficiencia de la administración⁵³ al evitar interferir prematuramente en su proceso decisorio.⁵⁴
- d) Que la administración tenga la oportunidad de corregir sus errores conforme las observaciones realizadas por el particular,⁵⁵ así como la

⁴⁹ Entre otros, Mairal, García Pullés y Balbín se refieren a este instituto como un “privilegio”. Véase Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 304; García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, pp. 399 y 400; y Balbín, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 762. Este último autor entiende que el propósito de exigir el agotamiento de la instancia administrativa sólo podía hallarse en la decisión legislativa de otorgar un privilegio a la administración pública que hallara justificación en la complejidad de su organización burocrática y descentralizada, “en tanto tendiente a impedir que sus actos o conductas sean sometidos al control ejercido por otro ‘poder’ del Estado y a su eventual anulación, sin otorgar a aquélla la oportunidad de un examen preventivo de legalidad en su propia sede”. Véase García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, p. 401. Sin embargo, *a posteriori* se ocupa de destacar que la exigencia de un trámite previo (calificado como instigador del control jerárquico y promotor del autocontrol de legalidad) no puede ya ser considerado como un “privilegio legal otorgado a esta última [la administración], cuando esos mismos efectos deben predicarse para cualquier litigante en la etapa de mediación... En todo caso, el único privilegio residual de la administración resultará en las acciones en que ella es actora”. Véase García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, p. 404. En consonancia, Luqui postula que la regla del agotamiento no es una prerrogativa o un privilegio para evitar una demanda judicial (aun cuando se pueda lograr ese objetivo, aclara el autor). Por el contrario, afirma que: “no se exige cuando el acto es originario del presidente de la nación o de la autoridad máxima de un ente autárquico y, además, porque la impugnación judicial no es una consecuencia inexorable del agotamiento de la vía administrativa”. Véase Luqui, Roberto E., *op. cit.*, p. 93.

⁵⁰ Aberastury se refiere al agotamiento como una prerrogativa pública. Véase Aberastury, Pedro, *La justicia..., cit.*, p. 138.

⁵¹ Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 304.

⁵² Véase Chapus, René, *op. cit.*, p. 708.

⁵³ Véase Cámara de Apelaciones Federales en *Cerro Metal Products vs. Marshall*, 620, F. 2d 964, 3rd Cir. (1980), citado en Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 308.

⁵⁴ Véase Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, p. 227.

⁵⁵ Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 304. Este autor plantea que la administración puede investigar, registrar y evaluar los hechos aplicando sus conocimientos técnicos especializados. Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 304. En similar sentido, García Pullés destaca que la finalidad de la exigencia abarca, entre otros aspectos, el de “promover el control de legitimidad y con-

obtención de una mejor defensa del interés público⁵⁶ (que se concreta a través del mejoramiento de los argumentos de los actos administrativos).⁵⁷

e) Que la administración tenga la posibilidad de promover el control de legitimidad, oportunidad⁵⁸ y conveniencia de los actos por parte de los órganos superiores.⁵⁹

f) Evita que la administración sea llevada a juicio por decisiones de sus órganos inferiores, tomadas a veces sin debida deliberación.⁶⁰

g) Reduce el número de casos que llegan a la instancia judicial⁶¹ (el “efecto filtro” del que habla la doctrina alemana⁶² y, en otros términos, la doctrina francesa),⁶³ permitiendo que se solucione (o alargue innecesaria-

venencia de los actos, por parte de los órganos superiores de la administración, dando a esta última la oportunidad para revisar los criterios y revocar los errores en que se hubiera incurrido”. Véase García Pullés, Fernando, *El agotamiento de la vía administrativa*, t. A, Buenos Aires, La Ley, 1993, p. 1044.

⁵⁶ En Alemania, esta mejor defensa se cristaliza por la mayor protección de los derechos de los particulares, desde el punto de vista de la ampliación de las posibilidades de éstos por la extensión del control (abarca la oportunidad del acto). Véase González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 377.

⁵⁷ Véase García Pullés, Fernando, *El agotamiento..., cit.*, p. 1044, e *id.*, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, p. 400.

⁵⁸ Por ejemplo, el artículo 68 de la Ley de Justicia Administrativa Alemana establece que: “Antes de interponer una acción impugnatoria hay que revisar la legalidad y la oportunidad del acto en un procedimiento previo”. Véase Aberastury, Pedro (coord.), *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 157.

⁵⁹ Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 321; García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, p. 400, y Luqui, Roberto E., *op. cit.*, p. 93. En Alemania, el autocontrol administrativo constituye una de los argumentos que justifican la existencia de la vía administrativa previa (sólo para las acciones de anulación y obligación). Véase González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 377.

⁶⁰ Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 304. Aquí también se aprecia la influencia estadounidense. En efecto, la inmediatez de un conflicto se valora, entre otros factores, por el respeto hacia el normal desarrollo del procedimiento administrativo, ya que los tribunales no deben interferir en el ejercicio de las competencias propias de las instancias administrativas hasta su total cumplimentación. Véase Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, p. 220.

⁶¹ Según García Pullés, se facilitaría la tarea tribunalicia al llevar ante los jueces controversias ya planteadas. Véase García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, p. 400.

⁶² La descarga del trabajo de los tribunales ha sido denominada por Ule como “efecto-filtro”. Véase González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 377.

⁶³ Según Rivero y Waline, ciertos litigios podrían ser tutelados de mejor modo, si para ciertas materias se instauran recursos administrativos obligatorios previos al recurso contencioso. Estos autores entienden que esta solución, entre otras (el arbitraje, la transacción

riamente) el conflicto en sede administrativa (por conducto del recurso o reclamo administrativo).⁶⁴ Como contrapartida, se facilita la revisión judicial posterior⁶⁵ al poner a disposición de los tribunales el beneficio de la experiencia y pericia del organismo administrativo.⁶⁶

y la conciliación), posibilitaría una reducción de litigios contenciosos. Véase Rivero, Jean y Waline, Jean, *op. cit.*, p. 511. En igual sentido, Chapus sostiene que para que la obligación de un recurso previo surta el efecto deseado de reducir el volumen de causas ante la jurisdicción administrativa, se sancionó la ley del 31 de diciembre de 1987 (artículo 13), que dispone que los decretos en el Consejo de Estado determinarán las condiciones bajo las cuales tal institución será instituida. La norma se refiere a los litigios contractuales y los relativos a la responsabilidad extracontractual de las personas públicas. Véase Chapus, René, *op. cit.*, p. 709, así como Braibant, Guy y Stirn, Bernard, *Le droit administratif français*, 5a. ed., París, Dalloz, 1999, pp. 511 y 512.

⁶⁴ Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 304. Aquí el autor habla de una finalidad válida y una inadmisible. En el primer caso se soluciona la cuestión mediante el mecanismo más simple e informal del recurso administrativo. En el segundo, se puede alargar y complicar los trámites para que los particulares “se descorazonen”, pierdan interés por haberse tornado abstracta la cuestión o cometan errores formales en qué fundar la denegatoria. *Id.*, *op. cit.*, p. 304. En nuestro país, en el fallo “Empresa La Estrella S. R. L. vs. Provincia del Chaco s/demanda contencioso-administrativa”, 10 de mayo de 1988, E.312.XXI, se estableció que la necesidad del agotamiento (se refería al reclamo administrativo previo) tenía fundamento en que la administración tuviese la oportunidad de examinar la naturaleza y justicia de la pretensión, produciendo una etapa conciliatoria anterior al pleito que dé al Estado la oportunidad de rectificar sus errores —evitando la propagación de pleitos inútiles—. Véase, asimismo, Tawil, Guido, *Administración..., cit.*, t. II, pp. 153 y 154; García Pullés, Fernando, *El agotamiento..., cit.*, p. 1044; *id.*, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, pp. 400-406, y Balbín, Carlos F., *op. cit.*, p. 762. García Pullés desarrolla con certeza la relación y vinculación analítica entre la etapa conciliatoria del derecho civil y la existencia del agotamiento de la vía administrativa en el ámbito del derecho administrativo. *Id.*, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, pp. 402-406. Por último, el énfasis en la necesidad de promover una etapa de conciliación en sede administrativa a fin de evitar litigios ha sido desarrollado por Canosa, Armando, “Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa”, *ED*, t. 166, 1996, pp. 166-992.

⁶⁵ Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 304 y García Pullés, Fernando, *El agotamiento..., cit.*, p. 1045. En el derecho estadounidense, el requisito de inmediatez (*ripeness*) se relaciona con un objetivo: “evitar que los tribunales se involucren en desacuerdos abstractos sobre políticas administrativas, y también, en proteger a la administración de interferencias judiciales hasta que se haya formalizado una decisión administrativa y sus efectos sean percibidos de forma concreta por las partes que se oponen a ella”. Véase Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, pp. 219 y 220, con cita del precedente *Abbot Laboratories vs. Gardner*, 387 US 136, 147 (1967).

⁶⁶ Véase Cámara de Apelaciones Federales en *Cerro Metal Products vs. Marshall*, 620, F. 2d 964, 3rd Cir. (1980), citado en Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 308.

V. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN FRANCIA. EL RECURSO ADMINISTRATIVO OPTATIVO COMO REGLA⁶⁷

1. Breve reseña de los recursos administrativos en el sistema francés

Cuando se suele hablar del sistema francés, muchas veces (y con razón)⁶⁸ se le atribuyen institutos y categorías que no son propias de dicho sistema. Creemos que es el caso de este instituto. Nuestra conclusión se asienta en la tajante afirmación Braibant y Stirn quienes sostienen que el recurso obligatorio previo es contrario a las tradiciones administrativas y jurídicas francesas.⁶⁹

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

Se entiende por recurso (*recours*), todo medio puesto por el derecho a disposición de una persona para que una situación sea resuelta por una

⁶⁷ Cassagne ha destacado con énfasis el carácter potestativo de los recursos en Francia como regla. Véase Cassagne, Juan Carlos, “El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia”, en varios autores, *Jornadas de la Universidad...*, *cit.*, pp. 391-395.

⁶⁸ El derecho francés ha sido la cuna y la inspiración del derecho administrativo en el mundo. No, en vano, Otto Mayer expresó textualmente que: “Más de una vez, el derecho francés ha sido simplemente copiado”. Véase Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. I: *Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1982, prefacio a la edición francesa, p. XXIV. Y proseguía el célebre autor alemán: “El derecho administrativo alemán... es la obra de las legislaciones particulares de los distintos Estados. Presenta, pues, gran variedad. En ninguna parte el elemento francés ha permanecido totalmente ajeno”. *Id., op. cit.* Aclaramos que la obra de Otto Mayer traducida al español, corresponde con la primera edición alemana publicada en 1903. Veinte años después, Otto Mayer publicó la tercera edición en 1923, que no ha sido traducida al español.

⁶⁹ Braibant, Guy y Stirn, Bernard, *op. cit.*, p. 511. En similar línea, Aguilar Valdez, O. R., *op. cit.*, p. 613. En contra (siguiendo un sector de la doctrina francesa), Guido, Tawil, “La reforma del contencioso-administrativo francés”, en Bianchi, A. y Tawil, Guido, *Proceso administrativo y constitucional*, Buenos Aires, Ciencias de la Comunicación, pp. 178 y 179. A nuestro juicio, y más allá de una posible discusión en torno a esta circunstancia, tal como se ha podido apreciar en el punto II, la institución data del periodo medieval, y de ahí que no pueda sostenerse que la categoría se originó en Francia en el siglo XIX como un privilegio de la administración para ser juzgada. Esta última afirmación, que no compartimos, es sostenida por López Olvera, Miguel Alejandro, *La instancia administrativa*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 60.

autoridad pública; es decir, todo modo de reclamo jurídicamente organizado.

Los recursos administrativos y los recursos contencioso administrativos son dos instituciones distintas y se desarrollan en jurisdicciones diversas.⁷⁰ El recurso administrativo es aquel que se interpone ante la autoridad administrativa de la que emanó el acto.⁷¹ El recurso contencioso procede ante los tribunales administrativos⁷² o ante el Consejo de Estado según el caso.

Desde un sector doctrinal se ha distinguido cuatro tipos de recursos:⁷³

a) Recursos por los cuales se puede solicitar al juez que reconozca la ilegalidad de una decisión administrativa y pronuncie, por vía de consecuencia, su anulación. A este fin propenden los recursos de anulación, entre los cuales el principal es el recurso por exceso de poder. En conjunto forman el contencioso de anulación;⁷⁴

b) Recursos por los cuales se puede solicitar al juez que utilice el servicio del restablecimiento del derecho, ejerza el conjunto de sus poderes ju-

⁷⁰ Una descripción (aunque un tanto desactualizada) del sistema de recursos contenciosos administrativos, puede verse en Benoit, Francis Paul, *op. cit.*, pp. 458-462.

⁷¹ Benoit habla de las autoridades administrativas activas. *Idem*.

⁷² Entre otras reformas que se dieron en el derecho francés, la reforma de 1987 dejó intacta la calidad de juez del derecho común de los tribunales administrativos y las competencias propias del Consejo de Estado. Sin embargo, transformó profundamente las reglas de apelación. Esta modificación dio origen a un control de casación en la jerarquía que le fue confiado al Consejo de Estado. La ley del 31 de diciembre de 1987 creó cinco cámaras administrativas de apelación: en París, Bordeaux, Lyon, Nancy y Nantes, competentes para entender por vía de apelación sobre las sentencias de los tribunales administrativos. Con posterioridad, fue creada una sexta en Marsella, el 9 de mayo de 1997; una séptima en Douai, el 18 de mayo de 1999, y una octava en Versalles, el 22 de junio de 2004. Esta pluralidad de cámaras de apelación resolvía en última instancia, lo que originaba decisiones divergentes. En consecuencia, la unidad del derecho administrativo se veía comprometida. Con el objetivo de asegurar el necesario mantenimiento de esta unidad, fue creado, por ley, un recurso de casación contra las sentencias de las cámaras, ante el Consejo de Estado, guardián de la unidad del derecho; al igual que la Corte de Casación en la jurisdicción judicial.

⁷³ Reproducimos aquí la descripción realizada en Gallegos Fedriani, Pablo y Corvalán, Juan Gustavo, “La apreciación global...”, *cit.*, pp. 174 y 175.

⁷⁴ Los recursos de anulación también son llamados “recursos de legalidad”. Benoit prefiere utilizar esta última expresión, dado que el término “recurso de anulación” resulta impropio, ya que esta clase de recursos no tienden siempre a una anulación. Véase Benoit, Francis Paul, *op. cit.*, p. 459, nota 28.

risdicionales y no sólo su poder de anulación, en particular pronunciando condenas pecuniarias. Se trata del contencioso de plena jurisdicción,⁷⁵ así llamado debido a que pone en aplicación la plenitud de los poderes del juez tal como él mismo los ha delimitado;

c) Un tercer grupo de recursos está vinculado con el mecanismo de las denominadas cuestiones prejudiciales: cuando un tribunal judicial debe abstenerse de decidir por qué una cuestión entra en la cuestión administrativa y esa cuestión al mismo tiempo está relacionada con la decisión final, aparece en el curso de la instancia el juez administrativo, quien deberá intervenir a través de un recurso distinto; ya sea de interpretación, por el que se le solicita que interprete un acto administrativo oscuro; ya sea de apreciación de la legalidad, caso en que lo que se le solicita es que establezca si el acto administrativo que una de las partes tacha de ilegal es legal o no. En ambos casos, el juez “judicial” determina las consecuencias para el litigio que tramita ante su juzgado por aplicación de legalidad o arbitrariedad que ha hecho el juez administrativo. Estos dos grupos de recursos son designados con el nombre de contencioso de interpretación.

d) Por fin, el juez administrativo puede, a título muy excepcional, ejercer una función represiva: es competente para condenar a aquellos que han cometido ciertas contravenciones. Es el contencioso de la represión.

2. *Los recursos obligatorios previos*

En Francia la jurisprudencia ha establecido el principio según el cual toda persona puede atacar directamente un acto administrativo ante el juez. Por “principio general”⁷⁶ es optativa la opción de acudir previamen-

⁷⁵ Benoit clasifica los recursos en dos grandes categorías: los recursos de legalidad y los recursos de plena jurisdicción. Para este autor, la distinción fundamentalmente responde al contenido diverso de la misión otorgada al juez y de la decisión que puede adoptar. En los recursos de legalidad, el juez debe apreciar la legalidad de una decisión administrativa. Eventualmente, puede pronunciar la anulación. En los recursos de plena jurisdicción, el juez puede verse obligado a apreciar la importancia o las consecuencias (de un acto jurídico, de una operación material realizada por la administración). Inclusive, también puede condenarla a pagar indemnizaciones. Véase Benoit, Francis Paul, *op. cit.*, pp. 459 y 460.

⁷⁶ Véase CE, 13 de febrero de 2006, Mma Hinopay, núm. 281840.

te ante la administración misma mediante un recurso administrativo gracios o jerárquico.⁷⁷

Ahora bien, esta regla (recurso administrativo optativo) puede ceder cuando existe una obligación de incoar un recurso administrativo obligatorio previo que ha previsto el legislador o el poder reglamentario.⁷⁸ Es decir, la ley o un reglamento pueden establecer recursos previos obligatorios frente a procedimientos administrativos particulares.⁷⁹

El recurso previo es considerado en Francia como una “demanda” en el sentido del artículo 16 de la ley del 12 de abril de 2000.⁸⁰ Así, cuan-

⁷⁷ Si el particular se dirige al propio autor de la decisión que le lesionó, este recurso administrativo se denomina un “recurso gracioso”: apela a la buena voluntad del funcionario. En nuestro país podría ser el recurso de reconsideración. Cuando el particular se dirige contra la autoridad superior al autor de la decisión, el recurso administrativo es denominado “jerárquico”. Véase Benoit, Francis Paul, *op. cit.*, p. 458, nota 27.

⁷⁸ Véase Chapus, René, *op. cit.*, p. 708.

⁷⁹ En el fallo Houlbreque se justificó el establecimiento de un recurso administrativo previo obligatorio con sustento desde una doble perspectiva: a) permite fijar de forma definitiva la posición tomada por la administración, y b) posibilita “remediar las ilegalidades de las cuales podría estar viciada la decisión inicial sin esperar a la intervención del juez”. En las observaciones al fallo, esbozadas por Jean-Claude Bonichot, se aprecia los numerosos y diversos recursos obligatorios previos instaurados en diferentes ámbitos de la actividad administrativa y tributaria (véase puntos 3 y 4 de las observaciones al fallo). Véase Bonichot, C. et al., *op. cit.* (trad. de Pablo Gallegos Fedriani y Laura Inés Iorio).

⁸⁰ Véase CE, 27 de julio de 2005, Mme Houdelette, Lebon, p. 355. El artículo precitado establece textualmente que: “Toda persona que se encuentre obligada a respetar una fecha límite o un plazo para presentar una demanda, una declaración, ejecutar un pago, o un documento ante una autoridad administrativa, puede satisfacer esta obligación a más tardar a la fecha prescripta por medio de un envío postal (el sello del correo hace fe), o mediante el envío por vía electrónica en cuyo caso hace fe la fecha que figura sobre el acuse de recepción o llegado el caso sobre el acuse de registración dirigido al usuario por la misma vía, conforme las disposiciones del I del artículo 5 de la ordenanza núm. 2005-1516 del 8 de diciembre de 2005, relativa a los intercambios electrónicos entre los usuarios y las autoridades administrativas, y entre las autoridades administrativas. Estas disposiciones no serán aplicables ni a los procedimientos regidos por el código de los mercados públicos ni aquellos que corresponden a los artículos L.14-11 y siguientes del código general de las colectividades territoriales, ni aquellos por los cuales se exige la presencia personal del actor en aplicación de una disposición particular. Las modalidades de aplicación del presente artículo serán fijadas por decreto del Consejo de Estado”. Véase www.legifrance.gouv.fr.

do se instaura por norma un recurso previo obligatorio,⁸¹ quien incumpla con dicha obligación no podrá acudir a la vía contenciosa.⁸²

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

Con el título “la prevención del contencioso”, *la prévention du contentieux*,⁸³ Braibant y Stirn abordan ciertos aspectos que se relacionan con los recursos obligatorios previos. Estos autores distinguen entre procedimientos *pre* y *para* contenciosos. Afirman, en tal sentido, que para acelerar la resolución de los litigios entre la administración y los particulares, se pueden implementar dos categorías de procedimientos.

Unos tienden a impedir que los litigios alcancen las jurisdicciones. Otros se orientan a sustituir al contencioso propiamente dicho por procedimiento más ligeros y más rápidos: por ejemplo, la conciliación y el arbitraje.⁸⁴

Con fundamento en la multiplicidad de causas, los precitados autores pretenden que se instauren mecanismos que resuelvan el conflicto en el marco del procedimiento administrativo siempre que existan garantías suficientes para los administrados.⁸⁵

Con el mismo objetivo, Rivero y Waline plantean que la existencia de un recurso obligatorio previo, en ciertas materias, debe estar precedido por un verdadero cuerpo de juristas capaces de franquear las dificultades jurídicas que puedan presentar el recurso.⁸⁶

Una vez que se ha instaurado un recurso previo obligatorio, la decisión tomada sobre él sustituye la decisión inicial.⁸⁷ A la autoridad compe-

⁸¹ Puede estar previsto ante otra autoridad administrativa, ante el superior jerárquico o ante un organismo particular. Véase Houlbreque.

⁸² A esta conclusión también arriba Chapus, René, *op. cit.*, p. 708.

⁸³ Véase Braibant, Guy y Stirn, Bernard, *op. cit.*, p. 511.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 510 y 511.

⁸⁵ Chapus, René, *op. cit.*, p. 709.

⁸⁶ Además, sostienen que la administración debería ser obligada a resolver el recurso en un plazo determinado. Véase Rivero, Jean y Waline, Jean, *op. cit.*, p. 512.

⁸⁷ Véase CE, 30 de marzo de 1973, Sieur Gen, Lebon, p. 269; *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1973, 268, concl. G. Guillaume.

tente para pronunciarse sobre el recurso administrativo le corresponde “detener de manera definitiva la posición de la administración”. Desde esta plataforma, un recurso planteado contra la decisión inicial es inadmisible cuando la autoridad se pronunció sobre el mismo y sustituyó⁸⁸ la decisión inicial. Sólo esta última es susceptible de ser deferida al juez de la legalidad.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia pretende conciliar dos intereses: 1) las reglas establecidas de los recursos previos obligatorios; 2) el derecho de los administrados al respeto integral de las formas y formalidades que las leyes y los reglamentos han previsto en su beneficio.⁸⁹

VI. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE. EL BAREMO QUE SE UTILIZA PARA DETERMINAR SU “UTILIDAD”

1. *Introducción*

Como bien afirma Bianchi, en los Estados Unidos la Ley de Procedimientos Administrativos (Administrative Procedure Act, APA) induce a sostener la inexistencia de la regla del agotamiento. No obstante, la jurisprudencia (a partir del caso *Myers vs. Bethlehem Shipbuilding Corp*)⁹⁰ exige el agotamiento de la vía administrativa y se discute si es una regla general.⁹¹

Según se ha establecido desde un sector jurisprudencial estadounidense, la aplicación de la doctrina del agotamiento de la vía administrativa es: “eminentemente pragmática”⁹² y de ahí la importancia de analizar la “severidad del daño causado por la exigencia de agotamiento de la vía ad-

⁸⁸ Véase *CE*, 24 de noviembre de 2005, Mounir Jeddi, Lebon, cuadros, p. 1011.

⁸⁹ Véase Bonichot, C. et al., *op. cit.* Específicamente véase punto 8 de las observaciones al fallo Houlbreque. *Id.*, *op. cit.*, p. 700.

⁹⁰ 03 US 41 (1938), citado en Bianchi, Alberto, “Entre el agotamiento de la instancia...”, *cit.*, pp. 867 y 868.

⁹¹ *Ibidem*, p. 868.

⁹² Véase *Mathews vs. Eldridge*, 424 US 319, 331, 331 (1976), citado en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, p. 232.

ministrativa [que] condicionará la interpretación amplia o restrictiva que el tribunal efectué de los requisitos establecidos por la ley”.⁹³

En los Estados Unidos sólo se exige el agotamiento de la vía administrativa cuando los trámites o actuaciones disponibles en vía administrativa sean susceptibles de resolver el litigio. Este razonamiento encuentra fundamento en que resulta *fútil e injusto* imponer cargas costosas e innecesarias. Por tanto, se requiere que la solución administrativa sea idónea lo cual depende de la *inmediatez o prontitud* por un lado, y de su *utilidad* por otro.⁹⁴

En tales términos, la actuación administrativa se considera definitiva cuando, a pesar de su carácter informal, define efectivamente los derechos y obligaciones de los implicados y comporta una lesión o daño inmediato y palpable en la esfera de sus intereses.⁹⁵

De tal modo, “la severidad del daño causado por la exigencia de agotamiento de la vía administrativa condicionará la interpretación amplia o restrictiva que el tribunal efectué de los requisitos establecidos por la ley (aplicable)”.⁹⁶

En suma, la adecuación de los remedios administrativos en cuanto al plazo y la posibilidad de suspender el acto administrativa pendiente de revisión, constituyen también aspectos determinantes para ponderar la exigencia del agotamiento de la vía.⁹⁷

2. Excepciones al agotamiento de la vía administrativa en Estados Unidos

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

⁹³ Véase *Bowen vs. City of New York*, 476 US 467, 469, 483 (1986), citado en *idem*.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 230.

⁹⁵ Véase *National Automatic Laundry Council vs. Schultz*, 443, F2d 689, D. C. Cir. (1971); y en el mismo sentido, *American Trucking Assns. vs. ICC*, 659 F.2d, 452, 5th Cir. (1981), citado en *idem*.

⁹⁶ Véase *Bowen vs. City of New York*, 476 US 467, 469, 483 (1986), citado en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, p. 232.

⁹⁷ Véase *Patsy vs. Florida International University*, 634 F. 2d 900 (1981) 5th Cir, citado en Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 312, nota 33.

a) En *Patsy vs. Board of Regents*⁹⁸ se resolvió que resulta innecesario agotar la vía cuando la actuación cuestionada *afecta a derechos y libertades fundamentales* contemplados en el artículo 1983 de la sección 42, USC.

En estos casos la administración reconoce en forma implícita el carácter definitivo de su decisión. En función de la competencia de los tribunales para resolver los conflictos relativos a tales derechos, se considera una carga *fútil, antieconómica* (para ambas partes), un tratamiento injusto (*unfair*) sobre los administrados y un efecto “disuasor o paralizador” (*chilling effect*) de su ejercicio.⁹⁹

b) No se requiere agotar la vía administrativa cuando la impugnación del acto en cuestión se fundamenta en la *inconstitucionalidad de la norma*.¹⁰⁰ Al respecto, el Tribunal Supremo ha precisado que para ello la acción debe basarse en motivos de “inconstitucionalidad flagrante” (*facial unconstitutionality*), sin referencia alguna a la interpretación y aplicación que de la norma efectúa la administración demandada.¹⁰¹

c) No corresponde agotar la vía cuando el particular se defiende en un juicio criminal promovido por la administración por violación de la reglamentación u orden no impugnada.¹⁰²

d) Resulta innecesario el agotamiento de la vía cuando, la *demora de la intervención administrativa por “cualquier razón”* (entre otros, falta de recursos humanos y materiales), imposibilitaría la adopción de una resolución ad-

⁹⁸ Véase 457 US 496, 1982, citado en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, p. 229.

⁹⁹ Como indica Cuchillo Foix, la articulación jurisprudencial de la doctrina del efecto paralizador o disuasor del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales sancionados por la I Enmienda se estableció, básicamente, en *Wieman vs. Updegraff*, 344 US 183 (1952); *Laird vs. Tatum*, 408 US 1 (1972); y *Meese vs. Keene*, 107 S.Ct. 1862 (1987), citado en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, p. 229, nota 95. Véase, asimismo, Note, “Chilling Injuries as a Basis for Standing”, 98 *Yale L.J.* 905, 1989; Schauer, Fear, “Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect”, 58 *BUL. Rev.* 685, 1978, ambas citas en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, p. 229, nota 95. En nuestro país, Mairal ha destacado que constituye una excepción al agotamiento, cuando la conducta administrativa indica que el recurso previo será fútil. Véase Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 310, y doctrina allí citada.

¹⁰⁰ Véase *Califano vs. Sanders*, 430 US 99 (1977), citado en Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 308. Sin embargo, como bien afirma Mairal, esta regla no se extiende a la impugnación de la constitucionalidad de la interpretación de la ley que realiza el organismo en su ejecución. Véase Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 308, y doctrina allí citada.

¹⁰¹ Véase *Moore vs. East Cleveland*, 432 US 494 (1977), citado en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, p. 229.

¹⁰² Véase Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 309, y jurisprudencia citada en nota 20 y 21.

ministrativa en los términos previstos por la ley o en un tiempo razonable, tal como lo exige la ley de APA.¹⁰³

e) Cuando la cuestión de la aptitud del remedio administrativo es idéntica, en la práctica, con la cuestión de fondo que plantea el recurrente.¹⁰⁴

f) Cuando el recurrente pudo razonablemente equivocarse al no intentar la vía administrativa previa o fue inducido a error por la misma administración.¹⁰⁵ En *Piccone vs. United States*¹⁰⁶ se determinó que la omisión en informar al particular el significado de la opción entre dos vías administrativas posibles, determina que luego la administración no puede alegar que tiene cerrado el acceso a la revisión judicial por no haber agotado la otra vía. El agotamiento de la vía no rige cuando la omisión es excusable.¹⁰⁷

g) Cuando la administración no opone como excepción la omisión del agotamiento como defensa.¹⁰⁸

h) Lo que en nuestro país se conoce como *ritualismo inútil*, en el derecho estadounidense se presenta desde dos perspectivas: por un lado, bajo la noción de un *puro trámite* que constituye “nada más que una formalidad en el camino que conduce a los tribunales”.¹⁰⁹ Por otro, cuando el precedente establecido por la práctica administrativa en la resolución de casos anteriores similares, hace patente la posición desfavorable de la adminis-

¹⁰³ Véase *Smith vs. Illinois Bell Tel. Co.*, 270 US 587, 591 (1926); *Deering Milliken vs. Johnston*, 259 F.2d 856, 4th Cir. (1961), y *Camenisch vs. University of Texas*, 451 US 390 (1981), todas citadas en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, p. 230. También, véase *Walker vs. Southern Railway*, 385 US 196 (1966); *Frozen Foods Express vs. United States*, 351 US 40 (1956) y *United States vs. Joseph A. Holpuch Co.*, 328 US 234 (1946), citados en Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 309.

¹⁰⁴ Véase Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 310, y doctrina allí citada.

¹⁰⁵ La administración puede inducir a error cuando ha efectuado una comunicación administrativa ambigua y errónea. Véase *ibidem*, p. 311, nota 30.

¹⁰⁶ 407 F. 2d 866, Ct. Cl. (1969), citado en *ibidem*, p. 311, nota 29.

¹⁰⁷ Ello, según el fallo *Hagarty vs. United States*, 449, F. 2d 352, Ct. Cl. (1971), citado en *idem*.

¹⁰⁸ Véase *Mathews vs. Díaz*, 426 US 67 (1976), citado en *ibidem*, p. 311, nota 31.

¹⁰⁹ Véase *Turner vs. Lansing Township*, 310 N. W. 2d 287, 290, Mich App. (1981). Este caso versaba sobre los litigios contra la discriminación racial, en los que las actuaciones disponibles en vía administrativa comportaban en sí mismas una verdadera y palpable discriminación, y un “ejercicio retórico” (*an exercice in futility*). Véase *Marsh vs. Conty School Bd.* 305 F.2d 94, 98, 4th Cir. (1962), ambas citas en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, pp. 230 y 231.

tración. En estos casos, se demuestra que la exigencia de plantear un recurso administrativo sería comparable a exigir que los afectados “intenten extraer petróleo de un pozo seco” (*to pump oil from a dry hole*).¹¹⁰

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

No obstante, hay que aclarar que en estos casos, la jurisprudencia exige que se haya planteado previamente la recusación de los miembros del organismo o tribunal administrativo implicado y que ésta se hubiese rechazado por la autoridad competente.¹¹¹

j) El agotamiento está dispensado cuando él o los implicados alegan que el retraso de la resolución judicial, derivada de la cobertura de tales trámites, puede causarles daños de imposible o difícil reparación.¹¹² Sobre el particular, los tribunales han sostenido esta postura aun cuando la legislación especial aplicable exige la cumplimentación de dichos trámites. En nuestro derecho, esta disposición se consagra en el artículo 12 de la ley 19.549 (LNPA) y constituye una de las causales por las cuales se puede suspender los efectos del acto administrativo.

k) Excepcionalmente, se dispensa de agotar la vía cuando se alega la incompetencia de la administración y se solicita la intervención inmediata de los tribunales sobre la base del carácter *ultra vires* de su actuación.¹¹³

No obstante, la jurisprudencia entendió que lo daños no se producirán hasta que se haya adoptado la decisión administrativa respecto de

¹¹⁰ Véase Ogo Assocs. *vs.* Torrance, 112 Cal. Rptr. 761, 763, Cal. App. (1974), citado en *ibidem*, p. 231.

¹¹¹ Véase Amos Treat & Co. *vs.* SEC, 306 F2d, 260 D.C. Cir. (1962), citado en *idem*. Mairal hace referencia a la impugnación de la parcialidad del organismo revisor, siempre que la misma sea *prima facie* evidente. Véase Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 310, y doctrina y jurisprudencia citada en notas 26 y 27.

¹¹² Sin embargo, cuando se alegan daños de carácter exclusivamente económico, los tribunales suelen mantener la exigencia de agotamiento de la vía administrativa. Véase Myers *vs.* Bethlehem Shipbuilding Corp., 303 US 41, 51 (1938), citado en Cuchillo Foix, Montserrat, *op. cit.*, pp. 231 y 232.

¹¹³ Véase Myers *vs.* Bethlehem Shipbuilding Corp. (1938), citado en *ibidem*, p. 232.

la cual se aduce la incompetencia.¹¹⁴ Se trae a colación que los gastos y las demoras resultantes de la previa intervención de la administración no constituyen para los demandados “daños irreparables”, sino simplemente “parte de las cargas sociales derivadas de vivir en una sociedad políticamente organizada”.¹¹⁵

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

1. *Introducción*

Para comprender el funcionamiento del agotamiento de la vía administrativa en el derecho alemán, resulta imprescindible destacar las diferentes acciones procesales existentes.¹¹⁶ Las relaciones entre todas ellas se orienta por el criterio procesal de la “necesidad de protección jurídico-subjetiva” (*Rechtsschutzbedürfnis*).¹¹⁷

Veamos.

- a) La acción de anulación (*anfechtungsklage*), como acción constitutiva (*Gestaltungsklage*)
- b) Las acciones prestacionales o de condena (*Leistungsklagen*), que a su vez se clasifican en: 1) acción obligacional¹¹⁸ o para que la administración conceda una prestación mediante un acto administrativo (*Verpflichtungsklage*); 2) acción prestacional general para que la administración conceda una

¹¹⁴ Véase *Shawnee Coal Co vs. Andrus*, 661 F.2d 1083, 1093 6th Cir. (1981), citado en *ibidem*, pp. 232 y 233.

¹¹⁵ “Part of the Social Burden of Living under Government”. Véase *Petroleum Co. vs. Public Service Commission*, 304 US 209, 222 (1938), citado en *Shawnee Coal Co vs. Andrus*, 661 F.2d 1083, 1093 6th Cir. (1981), citado en *ibidem*, p. 233.

¹¹⁶ Seguimos en esta clasificación y enunciación (aunque de modo muy sintético) a González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, pp. 187 y ss. En nuestro país, García Pullés ha recensionado el sistema alemán, y las diferentes acciones y pretensiones procesales. Véase García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, pp. 130 y ss.

¹¹⁷ González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 189.

¹¹⁸ La acción de “obligación” es un género específico *echtes aliud*, y no una extensión de la acción de anulación (*Weitergehende Anfechtungsklage*). Véase *ibidem*, p. 193.

prestación mediante la realización de una actividad que no es un acto (*allgemeine Leistungsklage*);

c) Acción declarativa¹¹⁹ (*Feststellungsklage*) que comprende a su vez tres subformas de acción: 1) acción declarativa general mediante la cual se requiere del tribunal una sentencia que declare la existencia o inexistencia de una relación jurídica; 2) la acción declarativa que pretende se declare un acto nulo (*Nichtigkeitsfestellungsklage*); 3) la acción para la continuación de las actuaciones procesales hasta la obtención de la declaración de ilegal de un acto administrativo (*Fortsetzungsfestellungsklage o nachträgliche Feststellungsklage*) y 4) la acción declarativa preventiva (*vorbeugende Feststellungsklage*).

2. Presupuestos para la viabilidad de la acción o condiciones de admisibilidad (Sachurteilevoraussetzungen)¹²⁰

En la sección 8a. de la Ley de Justicia Administrativa Alemana se regulan las disposiciones especiales para la acción impugnatoria y de condena a dictar un acto.¹²¹

Para ilustrar la cuestión, el artículo 68 de la precitada ley establece que “Antes de interponer una acción impugnatoria hay que revisar la legalidad y la oportunidad del acto en un procedimiento previo”.¹²²

Ahora bien, sin adentrarnos en las diferentes condiciones de admisibilidad existentes en Alemania,¹²³ tan sólo nos avocaremos a destacar algunos aspectos del agotamiento entendido como condición de admisibilidad para el acceso a la justicia administrativa.

¹¹⁹ A diferencia de otras acciones, las acciones declarativas no están sujetas a plazo para su interposición, y no hay que agotar la vía administrativa previa (como regla) para acudir ante la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

¹²⁰ Este instituto es concebido como los presupuestos para que el tribunal pueda dictar una sentencia. En cambio, las condiciones procesales se relacionan con la iniciación de la relación procesal.

¹²¹ Véase Aberastury, Pedro (coord.), *Ley de la Justicia..., cit.*, pp. 157-164.

¹²² *Ibidem*, p. 157. En tales términos, en la acción de anulación se requiere que se haya agotado previamente la vía administrativa, mediante la interposición del recurso administrativo (*Widerspruch*). Este requisito es considerado una de las típicas condiciones de admisibilidad. Véase González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 194.

¹²³ Entre otras, se destacan: procedencia de jurisdicción, competencia objetiva y territorial, capacidad procesal, representación, legitimación para las acciones de anulación y obligación, adecuación del *petitum* con la naturaleza de la acción.

En el país germano, como ya lo expusimos, siempre que se ejercite una acción, corresponde hacer valer una lesión jurídica; esto es, se debe acreditar una necesidad de protección jurídico-subjetiva (*Rechtsschutzbedürfnis*).¹²⁴ Esto implica, por un lado, una exigencia general para todo tipo de acción que examina un tribunal para declarar la demandada inadmisible.

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

Por otro lado, la necesidad de protección jurídico-subjetiva se proyecta específicamente sobre cada una de las acciones bajo la siguiente premisa que constituye la regla general del sistema de acciones: *sólo es procedente una de estas acciones, si la pretensión planteada no puede resarcirse de un modo más adecuado procesalmente*. Es decir, se admite como vía residual.¹²⁵

Desde esta atalaya, se erige el fundamento o razón técnica por la cual se exige en Alemania haber agotado previamente la vía administrativa para poder acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.¹²⁶

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

a) La acción prestacional general no es viable si la pretensión puede hacerse valer por las vías de la anulación o de obligación.¹²⁷

¹²⁴ Al respecto, no cabe asimilar este instituto al de la “legitimación”. Véase Bull, P., *Allegemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1986, p. 305, citado en González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 189, nota 6.

¹²⁵ González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 190.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ Cuando el demandante plantea una acción obligacional, ejerce una pretensión a una prestación que la administración concederá por acto administrativo, *y no dirige su acción a la impugnación de un acto*, ya que la resolución administrativa de denegación ilegal de un acto requerido no tiene contenido regulativo o contenido jurídico material. Como ejemplo se da el caso de quien pide una licencia de construcción y esta se deniega por la administración. En este caso el tribunal se centra en si corresponde al ciudadano el derecho que invoca (de edificar); si lo tiene, estima la demanda y la sentencia contendrá una orden, condena u obligación frente a la administración para que cumpla el mandato judicial de actuar en el sentido determinado por el tribunal: que conceda la licencia en el caso. El valor de la resolución administrativa de denegación de la prestación es meramente procesal, con fines de computar el plazo para la presentación de la acción obligacional. Véase *ibidem*, pp. 192 y 193.

b) Las acciones de anulación y de obligación¹²⁸ no son viables si el derecho del demandante puede resarcirse por medio de un recurso en vía administrativa que constituye, *a priori*, un medio más sencillo e inmediato de resolver el litigio.¹²⁹

c) En las acciones declarativas (al igual que la prestacional general), si el demandante antes de acceder a la garantía judicial, acude a la administración, por lo general se exige que el sujeto para acreditar la necesidad de protección jurídica presente ante la administración un escrito requiriendo la prestación o declaración de la situación.¹³⁰ En concreto, no se trata de un recurso sino de un escrito de iniciación de un procedimiento administrativo que presupone una denegatoria.¹³¹

3. La vía administrativa (vorverfahren) como presupuesto procesal para el ejercicio ante los tribunales de las acciones de anulación y obligación¹³²

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

¹²⁸ Estas acciones tienen por referencia al acto administrativo. Por la acción de anulación intenta, valga la redundancia, anularlo, y la acción de obligación tiene por objeto una prestación que debe ser satisfecha mediante el dictado de un acto administrativo. Véase Bedel, H., “Zum Verhältnis von Afechtungs-und Verpflichtungsklage”, *MDR*, 75, p. 97, citado en González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 191. Sin embargo, esta concepción de la acción prestacional (o de condena) no está diseñada para construir un acto administrativo qué impugnar y así comenzar una acción de anulación. Al contrario, aquí el sujeto ejerce la pretensión, para que se oblige a la autoridad administrativa a dictar un acto, de modo que “éste no es lo que se impugna, sino lo que se pide se dicte como condena y por tanto que la sentencia tampoco presupone la declaración de anulación de la resolución denegatoria de la prestación”. Véase *id.*, *op. cit.*, p. 193.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 190.

¹³⁰ En nuestro sistema procesal nacional, esto se denomina reclamo administrativo previo. En la justicia alemana, la resolución que deniega la prestación sólo cumple un rol procesal con el propósito de comenzar a computar el plazo para presentar la acción obligacional. Véase *ibidem*, p. 193.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 190, nota 10, y 379. Aquí podría decirse que este escrito de iniciación del procedimiento *Antrag auf Vornahme* constituye lo que se requiere en Francia para obtener la “decisión previa” (*décision préalable*). Sobre esta regla, véase nota 1.

¹³² Este postulado es desarrollado en *ibidem*, pp. 376-380.

Sin embargo, se admite que las leyes (al igual que en el derecho francés¹³³ y en nuestro país)¹³⁴ establezcan expresamente una vía administrativa previa.¹³⁵ También en otros casos, las leyes pueden establecer expresamente su innecesariedad.¹³⁶ Sin embargo, como ya lo expusimos, el agotamiento de la vía se exige en la acción de anulación o de obligación (no se exige respecto de la acción prestacional general o declarativa).¹³⁷

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

En tal sentido, también se pone de relieve que la vía administrativa previa tiene relación con el &608 de la LEC la conciliación previa para asuntos matrimoniales que constituye la antesala del proceso civil.¹³⁸

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

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

¹³³ Aunque en Alemania, cuando menos en la bibliografía que hemos consultado, no se admite que los recursos previos obligatorios provengan del ejercicio del poder reglamentario de la administración.

¹³⁴ En el fallo Serra, la Corte Suprema de Justicia admitió expresamente la posibilidad de que el legislador establezca mecanismos obligatorios previos. Véase CSJN, Serra..., *cit.*

¹³⁵ Por ejemplo, el caso del &126.3.1 de la Ley de Bases de la Función Pública de 27 de febrero de 1985, que constituye una excepción al régimen procesal de la acción prestacional general, al instaurar una vía administrativa previa obligatoria. También se trae a colación el &8.1 de la Ley de Ejecución (de la Ijca) de Bremen de 15 de marzo de 1968 o el &126.3.1 de la Ley de Bases de la Función Pública de 1985. Véase González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 378, nota 49.

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ *Ibidem*, p. 376.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 378 y 379.

Ello no obstante, para la acción por inactividad (especie dentro del género de acción de obligación) no se prescribe la vía administrativa previa (&75.1).¹³⁹

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

En este caso, se admite la subsanación tras la presentación de la demanda, teniendo que interponerse el recurso ante la administración antes de proseguir la demanda. Si no se cumple este requisito, se declara inadmisible.¹⁴⁰

4. Excepciones al agotamiento de la vía administrativa en las acciones obligacionales y de anulación

Si partimos de la base de que en Alemania se le asigna valor constitucional al artículo &68 de la ley de justicia administrativa, entonces no existe una oposición directa y palmaria entre la existencia de una vía administrativa obligatoria previa y el derecho de acceso a la justicia. Es decir, el acceso a los tribunales no necesariamente debe manifestarse de modo inmediato *sofort und unmittelbar*. Tan sólo se debe poder acceder a los tribunales.¹⁴¹

En similar sentido, en Italia¹⁴² se ha interpretado que el artículo 113 de la Constitución Italiana¹⁴³ no exige que el ciudadano pueda conseguir

¹³⁹ Este artículo regula el silencio de la autoridad administrativa. Prescribe, en lo que a nosotros nos interesa, que: “si no se ha decidido sobre un recurso administrativo previo o sobre la solicitud de emitir un acto administrativo sin suficiente fundamentación en el plazo adecuado, se admite la acción prescindiendo del artículo 68”. Véase Aberastury, Pedro (coord.), *Ley de la Justicia..., cit.*, p. 160.

¹⁴⁰ González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 380.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 377 y 378. Esta cuestión, a nuestro entender, deviene de imprescindible ponderación. La modulación razonable de un derecho, bajo ningún punto de vista, puede ser desconocida o negada so pretexto de que una categoría ha sido manifiestamente nociva en la práctica.

¹⁴² En este país, por regla, no se requiere agotamiento de la vía administrativa, aunque se admite que el legislador puede consagrar excepciones. Véase Cassarino, S., “Los recursos administrativos en el derecho italiano”, *DA*, 221 (1990) pp. 39 y ss., y Bianchi, Alberto, “Entre el agotamiento de la instancia...”, *cit.*, p. 866.

¹⁴³ Establece el texto constitucional: “Contra los actos de la administración pública se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa. Tal tutela jurisdiccional no puede ser

la protección judicial siempre de la misma manera y con los mismos efectos. Así, no puede excluirse que la ley ordinaria regule el modo concreto de ejercicio del derecho a la tutela judicial, siempre que no se establezcan fórmulas que hagan imposible o difícil el ejercicio del mismo.

Razonamiento análogo se encuentra presente en el fallo Serra de la CSJN cuando se afirma que nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la administración pública, aunque “sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción”.¹⁴⁴

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

a) Una mayor protección de los derechos de los particulares, toda vez que éstos tienen más posibilidades para enjuiciar o poner en crisis y revisar la oportunidad del acto administrativo, circunstancia que *a priori* estaría vedada para los tribunales judiciales.¹⁴⁵

excluida o limitada a particulares medios de impugnación o para determinadas categorías de actos. La ley determina qué órganos judiciales pueden anular los actos de la administración pública en los casos y con los efectos previstos en la misma”.

¹⁴⁴ Textualmente afirmó el tribunal: “De todas formas, cabe señalar, nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la administración pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción —habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la instancia administrativa, integrada con el plazo de caducidad de la acción o recurso de que se trate— que pretenden asegurar que sea la misma administración —también positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa— quien resuelva sus conflictos jurídicos, cumpliendo así con un aspecto necesario de su competencia constitucional de administrar conforme con el mismo ordenamiento, y que el cuestionamiento judicial de los actos administrativos no lleve —por la natural extensión de los plazos de prescripción— a la inseguridad de la efectiva ejecución de los cometidos administrativos”. Véase CSJN, Serra..., *cit.*, considerando 14.

¹⁴⁵ Véase Mutuis, *Das Widerpruchverfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Studium und Examen*, pp. 154 y ss., citado en González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 377. Esta afirmación requiere de un examen detallado, que escapa por completo a nuestro cometido. No obstante, nuestro punto de partida (en una síntesis extrema) es el siguiente: aun cuando la llamada “división de poderes” debe ser abordada (y redefinida en muchos aspectos) con profundidad (ya que su formulación histórica no se ajusta a la complejidad de los Estados modernos), conserva, sin embargo, un eje cardinal: si la justicia administrativa tiene como misión esencial tener la última palabra en cuanto al derecho, ello no implica

b) Que se pueda ejercer un autocontrol administrativo (ya que la autoridad que dictó el acto o su superior puede corregirlo).

c) Que se produzca una descarga del trabajo de los tribunales. El “efecto-filtro” al que se hizo referencia en el punto III del presente.

En suma, *no* se debe agotar la vía cuando alguno de estos tres fines no se presenten.¹⁴⁶

Ello no obstante, otros supuestos son concebidos a efectos de eximir al particular para que agote la vía administrativa:

a) La especial cualificación técnica de las altas autoridades administrativas.

b) Cuando se configure un “retraso inútil” en la efectividad de la protección de los derecho de los particulares.

c) Cuando un tercero demandante resulta lesionado en sus derechos por la resolución de un recurso administrativo.¹⁴⁷

que su rol sea fungible en un todo con las otras dos funciones ejercidas por los dos otros “poderes” —órganos en sentido estricto—. Producto de una concepción radical, quienes tienen una visión extrema acerca del rol del juez (esto se cristaliza en el llamado “gobierno de jueces”), muchas veces soslayan esta cuestión que se presenta como fundamental en nuestro Estado de derecho. El desafío en este siglo XXI, radica en determinar y redefinir las bases que permitan comenzar a desgranar los dos ejes por los que transita la discusión: los límites del derecho y los límites de la política. No se puede dudar de que existen zonas (pequeñas) en las que el juez no cuenta con elementos para equilibrar los bienes en juego. Estas parcelas, que se han reducido drásticamente a partir de la segunda mitad del siglo XX, no pueden desaparecer. Por el contrario, se debe buscar mecanismos para que cada poder conserve un núcleo de responsabilidad y exclusividad. No se puede admitir que so pretexto de un ejercicio abusivo, arbitrario e ilegítimo se invada ese mínimo espectro y se sustituya un criterio (el de la administración) por otro (el del juez). No son las mismas responsabilidades ni tampoco tienen por objeto los mismos cometidos. De ahí que no pueden ser fungibles ambas funciones. Esta conclusión, bajo ningún punto de vista, pretende cercnar o minimizar el cambio de paradigma que ha operado en cuanto al rol de la justicia administrativa. Como no es objeto de este estudio abordar esta problemática, remitimos al lector al epicentro en donde se desarrolla esta “batalla” dogmática y jurisprudencial: la llamada “discrecionalidad” y los denominados “actos de políticos o gobierno”.

¹⁴⁶ González-Varas Ibáñez, Santiago J., *op. cit.*, p. 378.

¹⁴⁷ En este aspecto, lo que se entiende es que no se requiere que la administración vuelva a enjuiciar el expediente. Así, el demandante no es el sujeto que interpuso el recurso administrativo, sin embargo es un afectado por la resolución administrativa de aquél. En estos términos, el objeto de la demandada es la resolución del recurso (&68.1.2, en relación con el 79.1.2) y NO el acto administrativo impugnado por el recurso administrativo que es la regla general. La doctrina, se entiende aquí que la referencia al daño originario o por primera vez, se refiere cualquier tipo de perjuicio en los derechos del tercero demandante.

VIII. BREVES REFERENCIAS ACERCA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA¹⁴⁸

La Corte Suprema de justicia ha establecido en varios precedentes diversos fundamentos que justifican la constitucionalidad del agotamiento de la vía. En célebre caso Serra¹⁴⁹ y al igual que en los restantes países analizados, nuestro máximo tribunal admitió la posibilidad de que el legislador module y establezca mecanismos obligatorios previos al acceso a la justicia.¹⁵⁰

Específicamente, al tratar los plazos de caducidad (véase considerando 7o.),¹⁵¹ el máximo tribunal desarrolló una línea argumental que se plasmó en los considerandos 7o. a 17.

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

a) Los plazos de caducidad previstos para la habilitación de la instancia constituyen una prerrogativa propia de la administración pública.¹⁵²

b) Como consecuencia de uno de los postulados del Estado de derecho, la división de poderes,¹⁵³ la Corte entendió que la demandabilidad del Estado exige conciliar: 1) el ejercicio de sus funciones no sea afectado por las demandas de los particulares; 2) que las garantías de los habitantes

¹⁴⁸ Un análisis exhaustivo sobre la tendencia jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, puede verse en Aguilar Valdez, O. R., *op. cit.*, pp. 640-651.

¹⁴⁹ En este fallo, se articuló una queja (por recurso extraordinario denegado) contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que revocó la decisión de primera instancia que había declarado la caducidad respecto de la demanda de cobro de honorarios por dirección e inspección de una obra contratada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y no ejecutada. Véase CSJN, Serra..., *cit.*

¹⁵⁰ Expresamente sostuvo el tribunal: “la posibilidad de habilitar la competencia de la rama judicial del gobierno para revisar la validez de los actos emanados del Poder Ejecutivo y de los que —con la propiedad de “causar estado”, por cerrar la discusión en sede administrativa— emanan de los órganos y entes que se le subordinan, salvo los casos de excepción también establecidos por el legislador”. Véase CSJN, Serra..., *cit.*

¹⁵¹ Se refirió a los plazos de caducidad previstos para la habilitación de la instancia contencioso-administrativa, en los artículos 25, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, y 100, de la Ley Orgánica Municipal núm. 19.987.

¹⁵² Considerando 7o.

¹⁵³ El otro que destacó el fallo es el acceso a la justicia. Véase CSJN, Serra..., *cit.*

no sean, tampoco menoscabadas por privilegios que se tornen írritos a la luz del texto constitucional.¹⁵⁴

c) En este contexto, el “régimen exorbitante del derecho privado”¹⁵⁵ da sustento jurídico a la institución de los plazos de caducidad. Estos se justifican por la necesidad de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos.¹⁵⁶

d) A partir de una interpretación del artículo 100 de la Constitución nacional, se afirma que la intervención judicial “queda excluida en aquellas materias que, por su propio mandato o por una razonable opción legislativa, han sido reservadas a los otros máximos órganos del Poder estatal”.¹⁵⁷

e) Como consecuencia, cuando se opera la caducidad de la instancia procesal administrativa, “la cuestión queda incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes y sustraída al conocimiento del órgano jurisdiccional”.¹⁵⁸

f) Sobre esta base se concluye que resulta necesario que el acto administrativo agote *prima facie* la vía impugnatoria en sede administrativa a través de su estructura orgánica jerárquica.¹⁵⁹

g) En tales términos, la actuación del Poder Judicial en situaciones donde se produjo la caducidad de la acción procesal administrativa, violaría el principio de la división de poderes.¹⁶⁰

h) El legislador puede ejercer una opción interpretativa de la Constitución nacional, que merece una actitud deferente por parte del Poder Judicial.¹⁶¹

i) En suma, aunque la propia Corte reconoce la interpretación restrictiva de estos postulados, entiende razonable (bajo la idea directriz de

¹⁵⁴ Considerando 80.

¹⁵⁵ Véase fallos 308:731.

¹⁵⁶ Considerando 90. Aquí la Corte destacó que esos dos extremos —prerrogativa estatal y garantías del particular—, encuentren su armónico equilibrio constitucional.

¹⁵⁷ Considerando 10.

¹⁵⁸ Considerando 11.

¹⁵⁹ Considerando 12.

¹⁶⁰ Considerando 13.

¹⁶¹ Considerando 14. La Corte cita la doctrina que surge de fallos 33:162, y hace referencia a la doctrina estadounidense. En concreto, se alude a Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, 2a. ed., Little, &8.3, pp. 439 y ss.; Brown and Company, Boston, 1984.

la división de poderes) esta modulación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.¹⁶²

j) La prerrogativa del agotamiento de la vía administrativa pueda ser renunciada por ella expresa o tácitamente.¹⁶³ Asimismo, puede ser aplicada “sólo y estrictamente a aquellos casos en que la pretensión hecha valer en la acción o recurso intentado se dirija principalmente a hacer cesar la “nueva situación jurídica” que emane del acto administrativo o bien, que “precise de la declaración de invalidez del acto” esto es, hacer caer su presunción de legitimidad para posibilitar, así, la procedencia de la acción que dicha presunción obstaculiza”.¹⁶⁴

Con posterioridad, en la causa Unión Obrera Metalúrgica¹⁶⁵ la Corte volvió a afirmar¹⁶⁶ la “zona de reserva de la administración” y en Gorordo se refirió a la imposibilidad de que el poder judicial revise cuándo operó el vencimiento del plazo para recurrir en sede administrativa.¹⁶⁷

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

1) Las resoluciones son impugnables previo agotamiento de la instancia administrativa por medio de los recursos administrativos.¹⁶⁸

2) Si no se utilizan los recursos administrativos, las resoluciones quedarán firmes aun cuando se hubiese planteado y resuelto una denuncia de ilegitimidad¹⁶⁹ o se hubiese deducido un reclamo,¹⁷⁰ toda vez que los plazos recursivos una vez transcurridos no se restablecen.¹⁷¹

¹⁶² Considerando 16.

¹⁶³ La Corte evocó a la doctrina que emana de fallos 313:228 y causa C.160.XXIII (Construcciones Taddia S. A. vs. Estado nacional, Ministerio de Educación y Justicia, s/cobro, sentencia del 6 de octubre de 1992). Véase CSJN, Serra..., *cit.*, considerando 17.

¹⁶⁴ Considerando 17.

¹⁶⁵ Fallos 319:371 (1996).

¹⁶⁶ Tal como lo había hecho en el considerando 11 del precitado fallo Serra.

¹⁶⁷ Fallos 322:73 (1999), especialmente considerandos 12 y 13. Ello, aun cuando la administración hubiese rechazado la denuncia de ilegitimidad por razones materiales de fondo. Véase, asimismo, Aguilar Valdez, O. R., *op. cit.*, p. 642.

¹⁶⁸ Fallos 301:197.

¹⁶⁹ CSJN, “Gorordo”, sentencia del 4-2-1999.

¹⁷⁰ Véase Cámara Federal Contencioso Administrativa, “Valdrami”, ED, 112-409.

¹⁷¹ Véase doctrina que emana de fallos 310:2709 y 315:2217.

3) Se descartó la posibilidad de replantear por vía de reclamo, las cuestiones introducidas y desestimadas en la fase de impugnación recursiva ante la administración. Se considera que los actos no impugnados judicialmente en el plazo del artículo 25 de la LNPA devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada.¹⁷²

4) El principio de congruencia entre los hechos y el derecho planteado en sede administrativa y los articulados en el proceso se han extendido a la vía impugnativa.¹⁷³

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

En este último tiempo, la doctrina ha comenzado a desgranar y profundizar una institución que lleva en su germen el contenido inserto en el artículo 18 de la Constitución nacional: la denominada “tutela administrativa efectiva”.¹⁷⁴ Como escapa por completo a nuestro cometido ahondar en esta temática, lo cierto es que esta noción impacta de lleno en el instituto del agotamiento de la vía administrativa.

Esta última regla ha sido objeto de numerosos embates.¹⁷⁵ Entre las variadas posturas que postulan su eliminación, se encuentran algunas ver-

¹⁷² Véase fallos 319:1476.

¹⁷³ Véase fallos 312:103.

¹⁷⁴ Se invocan los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8o. y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2o., inc. 3o., apart. a) y b), y 14, inc. 1o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como plexo normativo que resguarda esta garantía. Véase Gutiérrez Colantuono, Pablo y Bautista, Justo Juan, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, p. 101. Este autor, asimismo, entiende que la “tutela administrativa efectiva debe ser entendida como un principio sustancial del obrar estatal de acuerdo con el cual es deber (jurídicamente exigible) de la administración pública asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita”. *Id., op. cit.*, p. 103.

¹⁷⁵ Aberastury con acierto se refiere a los “desbordes producidos en la interpretación del agotamiento de la vía administrativa”. Véase Aberastury, Pedro, *La justicia..., cit.*, pp. 150 y 151. Este autor entiende que lo que se critica al sistema no es el tránsito en sí mismo, sino la pérdida del derecho que ocasiona su no tránsito o su tránsito indebido. *Id., La justicia..., cit.*, p. 149. Como luego veremos, la exigencia de un trámite obligatorio sólo retarda

siones radicales.¹⁷⁶ Entre otros argumentos, se afirma que el proceso administrativo no constituye un juicio al acto administrativo. Que la contienda “contencioso administrativa” es un proceso judicial más, diferenciado sólo por la materia. Se concluye, en tales términos, que debe imperar el carácter meramente voluntario de los recursos administrativos.¹⁷⁷

De forma tajante se alega que si no existe más el acto previo “es de una absoluta incongruencia pretender la existencia de un acto que agote la instancia administrativa... ya que no hay una instancia que agotar”.¹⁷⁸

Dejando de lado estas argumentaciones extremas, sí nos parece preciso ahondar en la reciente interpretación doctrinal que manifiesta, con fundados y sólidos argumentos (cuya plataforma básica se asienta en la jurisprudencia de la CDHI), el carácter optativo de los recursos administrativos como regla (en lo que se refiere, claro está, al sistema de impugnación administrativa).¹⁷⁹

Se plantea que los recursos son una garantía para la persona y no un privilegio del Estado para demorar la habilitación de la instancia judicial. Se afirma en tal sentido: “Entender al recurso como garantía trastoca

el acceso a la justicia. Pero si se ajusta el sistema (el retardo estaría justificado), no podría darse la hipótesis de que un tránsito indebido lo vede.

¹⁷⁶ Entre muchos otros, véase Hutchinson, Tomás, “El recurso administrativo previo como mera traba ritualista para impedir el acceso a la justicia (la deformación jurisprudencial de un sistema legislativo administrativo)”, *ED*, 124:1, e *id.*, “Mitos y realidades en el derecho administrativo argentino”, *La Ley*, 1989-C, pp. 1071 y ss.; *ibidem*, pp. 146 y ss.; D’Argenio, Inés, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, pp. 65 y ss. Esta última autora postula la “superación de la interpretación judicial de las expresiones legales referidas al agotamiento de la vía administrativa previa a la promoción de la demandada judicial. Porque si el procedimiento administrativo está impuesto a la administración como requisito esencial para el desarrollo de la actividad administrativa y respecto del particular sólo asegura la facultad de su participación en defensa de sus derechos, no puede imponérsele al particular el desarrollo de un procedimiento administrativo previo a su acceso a la justicia”. D’Argenio Inés, *op. cit.*, pp. 34 y 35. Véase, al respecto, Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., t. 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, capítulo XIII, punto 3.1.3, 4 y 5, pp. XIII/9-XIII/15, y García Sanz, Agustín M., “El fuero contencioso-administrativo bonaerense, en camino a la Corte Suprema que: ¿será justicia?”, *LL*, 2003-E, 277.

¹⁷⁷ D’Argenio Inés, *op. cit.*, p. 65.

¹⁷⁸ *Idem*.

¹⁷⁹ Véase Gutiérrez Colantuono, Pablo y Bautista, Justo Juan, *op. cit.*, pp. 222-232.

toda su construcción, especialmente su obligatoriedad”.¹⁸⁰ Por ello se asevera que el recurso administrativo no puede ser entendido como un privilegio para evitar que la administración sea demandada directamente, sino como una garantía.¹⁸¹

En esta lectura: “Es el afectado quien decidirá si instar la petición administrativa le reporta una solución más eficaz, pero la falta de ejercicio de esa opción no puede comprometer la tutela mínima, esto es, la judicial”.¹⁸² Por tanto: “Un recurso administrativo no debe servir para impedir la llegada al juez, sino para hacerla innecesaria, y eso se logra si el recurso ofrece garantías de efectividad”.¹⁸³

Luego se afirma que:

El recurso administrativo debe —desde su faz preventiva— ser más eficaz en la protección que el propio recurso judicial, en tanto configura un *plus* sobre el piso mínimo de la tutela judicial efectiva. Por ello, los requisitos del artículo 25 deben ser más enfáticamente aplicados respecto del primero. Si esos requisitos no se cumplen, no sólo el recurso administrativo no es obligatorio, sino que se habrá configurado una violación al principio de tutela administrativa efectiva que deberá ser conjurado por medio de la protección judicial contra la violación.¹⁸⁴

Por otra parte, se plantea que el recurso (los medios administrativos de impugnación) debe satisfacer los estándares de sencillez, rapidez y efectividad para ser válidos. En este sentido, se acude a los “patrones” que la jurisprudencia de la Corte Interamericana concibe en torno a los recursos judiciales.¹⁸⁵

¹⁸⁰ También afirma que el artículo 25 de la Convención Americana consagra como mínimo la protección ante los jueces. *Ibidem*, p. 222.

¹⁸¹ Afirma Gutiérrez Colantuono en tal sentido: “Entender al recurso administrativo como una garantía y no como una exigencia conlleva cambios sustanciales en el modo de aproximarse al sistema administrativo de impugnaciones”. *Idem*.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 227.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 222 y 223.

Sucintamente, ellos determinan —desde esta óptica— que los recursos: a) deben ser efectivos;¹⁸⁶ b) idóneos¹⁸⁷ o útiles¹⁸⁸ y c) que se ajusten al debido proceso legal.¹⁸⁹

Sobre esta plataforma argumental, se concibe que:

el recurso —en tanto medio de protección o garantía— debe ser optativo para el ciudadano. No puede imponerse su utilización como un requisito de acceso a la protección judicial. La obligatoriedad del recurso como límite de acceso a la justicia implica infringir el artículo 29, a) de la Convención Americana, en tanto se interpreta una garantía (recurso administrativo efectivo) para desconocer otra garantía (recurso judicial efectivo)... la obligación de interponer un recurso administrativo como impedimento para el acceso a la justicia... vulnera el artículo 25 de la Convención desde el prisma de la tutela administrativa efectiva. Al dotarse el recurso de obligatoriedad, este deja de funcionar como una garantía para convertirse en una restricción.¹⁹⁰

En definitiva, la postura que venimos comentado concluye que:

entender el recurso como un impedimento de acceso al control judicial viola el principio *pro homine*: de los institutos creados para proteger los derechos no se pueden derivar interpretaciones contrarias a esos derechos y favora-

¹⁸⁶ No se consideran efectivos los recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando la inutilidad haya quedado demostrada por la práctica. Entre otras posibilidades, ello puede configurarse por un retardo injustificado en la decisión. *Ibidem*, p. 223, con cita del caso CDHI, Aguado Alfaro y otros, párrs. 124 y ss., entre otros.

¹⁸⁷ Se habla de la idoneidad para combatir una violación a los derechos. *Idem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 227. Los parámetros para configurar la utilidad, según Gutiérrez Colantuono, deben ser los que emergen de la categoría conocida como “plazo razonable”. Para apreciar el desarrollo e impacto de la garantía del plazo razonable en el derecho comunitario (particularmente en Francia); véase Gallegos Fedriani, Pablo, “Grandes decisiones del Consejo de Estado francés. Comentario a arrêt CE”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, núm. 369, 28 de junio de 2002; Ministre de la justice *vs.* Magiera; Gallegos Fedriani, Pablo y Corvalán Juan Gustavo, “La problemática del plazo razonable en el derecho administrativo (a propósito de la vigencia del artículo 6o., &1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), y en el derecho comunitario”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, núm. 384, pp. 143-161.

¹⁸⁹ Gutiérrez Colantuono, Pablo y Bautista, Justo Juan, *op. cit.*, p. 223.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 228.

bles al poder estatal. Del control judicial no puede deducirse la posibilidad de violar garantías en el procedimiento y del procedimiento no puede deducirse la imposibilidad de acceso a la justicia.¹⁹¹

Con sustento en el plexo argumental precedentemente expuesto, se sostiene que el recaudo de agotamiento de la vía administrativa debe ser excepcional y no como regla para el acceso a la justicia.¹⁹²

Este postulado se reafirma en esta lectura, sobre la base jurisprudencial que emana de la Corte Interamericana: “Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”.¹⁹³

La doctrina que venimos comentando entiende que, la afirmación “dificultar de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales”, debe ser abordada desde dos ángulos. Primero, respecto de su aplicación a los presupuestos de la acción procesal administrativa. Segundo, desde las razonables necesidades de la propia administración de justicia.¹⁹⁴

El abordaje de sendos planos, es realizado teniendo en cuenta las siguiente pautas: a) no se deben imponer exigencias que conlleven un *plus* sobre las propias del funcionamiento del Poder Judicial (por ejemplo, el patrocinio letrado); b) las restricciones deben justificarse en las necesidades razonables de la propia administración de justicia, en aquellas que tienden a facilitar el juicio y el derecho de defensa.¹⁹⁵

Esta base argumental justifica la siguiente afirmación:

el agotamiento de la vía administrativa establecido en forma indiscriminada como requisito obligatorio de habilitación de la instancia judicial para todos los casos configura una medida del orden interno que dificulta el acceso de los individuos a los tribunales sin encontrarse justificada por las

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² El desarrollo de este postulado puede verse en *ibidem*, pp. 231 y 232.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 231, con cita, entre otros, de *Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, 26-11-2008, párr. 95.

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ *Idem.*

razonables necesidades de la propia administración de justicia, violando —en consecuencia— el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica.¹⁹⁶

La excepción a esta regla —desde esta postura— puede ser fijada excepcionalmente siempre y cuando se demuestre que ello favorece el desarrollo de los procesos.¹⁹⁷

X. CONCLUSIONES. CRÍTICA Y PROPUESTA.

ACCESO IRRESTRICTO Y DIRECTO¹⁹⁸ VS. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. HACIA UNA SUPERACIÓN DE LA ANTINOMIA EN ARAS DE ADOPTAR UN SISTEMA RAZONABLE QUE MODULE EL ACCESO A LA JUSTICIA

1. *El núcleo argumental que postula la eliminación del agotamiento de la vía como regla*

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

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

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 231 y 232.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 232. Y se concluye tajante: “No se trata de fijar excepciones al agotamiento de la vía administrativa, sino de lo inverso: excepciones al acceso directo de la instancia judicial”. *Idem*.

¹⁹⁸ D’Argenio entiende que la justicia administrativa está signada por el acceso irrestrictivo y directo aplicable como a cualquier otro ámbito de la justicia”. Véase D’Argenio Inés, *op. cit.*, p. 66.

Simplemente¹⁹⁹ se necesita estructurar un sistema normativo, material y humano que armonice ambos postulados.

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

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

Los pilares que sustentan la conclusión:

a) Que el recurso sea una garantía (y no un privilegio) “trastoca” su obligatoriedad. Si no existe la opción, se compromete la tutela mínima (que es la judicial).

b) El recurso debe ofrecer garantías de efectividad para que no se impida la llegada del juez. Debe ser más eficaz que el propio recurso judicial. Sin embargo se afirma que: “Si esos requisitos no se cumplen, no sólo el recurso administrativo no es obligatorio, sino que se habrá configurado una violación al principio de tutela administrativa efectiva”.

c) Se busca que los recursos respondan a los estándares de sencillez, rapidez y efectividad. Deben ser efectivos, idóneos o útiles.

d) La obligatoriedad del recurso es un límite de acceso a la justicia que infringe los artículos 8.1, 25 y 29 a) de la Convención Americana. Ello porque supuestamente interpreta una garantía (recurso administrativo efectivo) para desconocer otra garantía (recurso judicial efectivo)... la obligación de interponer un recurso administrativo como impedimento para el acceso a la justicia... Asimismo, la tutela judicial efectiva —en este caso— deja de funcionar como una garantía para convertirse en una restricción”.

e) La obligatoriedad del recurso viola el principio *pro homine*: de los institutos creados para proteger los derechos no se pueden derivar interpretaciones contrarias a esos derechos y favorables al poder estatal.

¹⁹⁹ La formulación es muy simple. Por el contrario, el diseño y la implementación resultan ser una cuestión harto dificultosa y compleja, atenta a la multiplicidad de factores jurídicos y extrajurídicos que se requieren.

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

¿Cuándo se configura la excepción?

a) Sólo “razonables necesidades de la propia administración de justicia” la justifican.

b) Siempre y cuando “se demuestre que ello favorece el desarrollo de los procesos”.

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

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

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

2. Crítica

Ante todo es importante aclarar que este estudio no se orienta a contrarrestar determinadas posturas. Por el contrario, creemos (siguiendo a Schopenhauer) que “la controversia es, con frecuencia, útil para las dos partes, como una colisión de cabezas que sirve para rectificar los propios pensamientos y también lograr nuevos puntos de vista”.²⁰⁰

Mucho más aun cuando se trata de arribar a una interpretación acorde a un Estado de derecho en el que debe primar un debate en torno a idea “sobre” idea y no a idea “contra” idea. Como bien ilustra Ferrajoli, “la verdad es contingente, relativa y según el estado de los conocimientos y experiencias que son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos”.²⁰¹

²⁰⁰ Véase Schopenhauer, Arthur, *El arte de tener razón*, trad. de Dionisio Garzón, Madrid, Edar, 2004, p. 67.

²⁰¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2a. ed., Trotta, 1997, p. 50.

En suma, “la historia de la ciencia es siempre una cuestión de tanteos y de tropiezos, y que el error es fecundo en cuanto puede ser el trampolín que permite acercarnos a la verdad”.²⁰²

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

En lo que respecta a la *primera conclusión*, en *primer término*, creemos que situar la ecuación en términos de garantía o privilegio, no es una condición necesaria y suficiente para que se comprometa la tutela mínima judicial (véase *supra* epígrafe X, 1, a).

En *segundo plano*, se debería demostrar que un recurso obligatorio previo como regla, no ofrece garantías de efectividad. Esta circunstancia, cuando menos, relativiza el hecho de arribar a una conclusión contraria²⁰³ (véase *supra* epígrafe X, 1, b).

Es decir, que los diversos factores extrínsecos a la fórmula del agotamiento, impidan la efectividad de un derecho, no necesariamente determina postular su abrogación. Aquí volvemos a nuestras aclaraciones iniciales (véase *supra* epígrafe I). Si bien se comparte que en este esquema normativo diseñado por la LNPA, no se puede establecer como regla recursos obligatorios previos (ciñéndonos estrictamente a las vías impugnativas), ello no invalida el hecho de que propugnemos por reformar el sistema para que la regla pueda cumplir con el objetivo para el cual se justifica.²⁰⁴

²⁰² Véase Aftalión, Enrique R., “Delito, tipicidad y analogía”, *L. L. Páginas de ayer*, año 6, núm. 2, marzo de 2005, p. 30.

²⁰³ Evidentemente esto no sucede en la Argentina. Sin embargo, creemos que la solución viene dada por la reformulación del sistema global. Mientras tanto, coincidimos en que el recurso debería ser optativo.

²⁰⁴ Un razonamiento similar ha sido expuesto por Mairal. Este autor entiende que “la obtención de los propósitos que explican este requisito depende no sólo de las normas vigentes en cada país, sino también de la manera como está estructurado y funciona en la práctica el control administrativo. Según que la función se haya encomendado a funcionarios separados o no de la administración activa, que el análisis se refiera fundamentalmente a los aspectos técnicos respecto de los cuales la administración posee una idoneidad especial o se limite a las facetas jurídicas del caso, y, en fin, que la administración sea escrupulosa en el respeto del derecho de defensa del particular y meticulosa en la recepción de

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

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

Además, no debe perderse de vista que el ordenamiento jurídico brinda al particular herramientas procesales que no contienen obstáculos al acceso a la justicia. Piénsese por ejemplo que la acción de amparo²⁰⁵ puede ser articulada, en ciertos casos, aun sin patrocinio letrado.²⁰⁶ Tampoco podemos olvidar las medidas cautelares, los procesos urgentes y las vías de hecho administrativas.

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

En *cuarto plano*, y sobre la base de lo expuesto en los párrafos precedentes, este modo de razonar no interpreta una garantía (recurso administrativo efectivo) para desconocer otra (véase *supra* epígrafe X, 1, d). Procuramos que se concilien, en forma razonable, dos garantías a los fines de tutelar mejor los derechos que ambas pretenden asegurar.

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

En *quinto lugar*, disentimos con la postura que afirma que la obligatoriedad del recurso viola el principio *pro homine*. Así, aun cuando la LNPA se

la prueba que éste ofrece y en la confección del expediente, el trámite administrativo será una etapa útil y, a veces, irremplazable de la revisión o servirá sólo para dilatar, cuando no excluir del todo, la hora del control efectivo". Véase Mairal, Héctor, A., *op. cit.*, p. 305.

²⁰⁵ Para apreciar la existencia de esta acción en el mundo, véase Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006.

²⁰⁶ García Pullés afirma que instituciones como el amparo actúan de "válvula de escape de eventuales arbitrariedades procedimentales". Véase García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso..., cit.*, p. 405.

ha volcado por proteger a la administración,²⁰⁷ en realidad la institución conlleva un núcleo que tiende a proteger los derechos. En ello encuentra un patrón común con la “mediación y conciliación” prevista en el derecho civil.

Al respecto, cabe destacar que la Cámara Civil ha puesto énfasis en el hecho de que el establecimiento de un mecanismo obligatorio previo, es un medio (entre otros) que posibilita una prestación de justicia más eficaz y de mejor calidad.²⁰⁸

Como bien afirma García Pullés, la etapa de mediación implica el otorgamiento de una nueva instancia al demandado para que reflexione sobre su conducta y la corrija o encuentre vías de composición del conflicto.²⁰⁹

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

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

En cuanto a la segunda conclusión a la que hacíamos referencia (véase *supra* epígrafe X, 1), que afirma que la imposición de un recurso obligatorio previo al acceso a la justicia debe ser excepcional, corresponde precisar:

a) Los mecanismos previos y alternativos de resolución de conflictos se orientan a satisfacer las “razonables necesidades de la propia administración de justicia”. También responde a este postulado, la posibilidad efecti-

²⁰⁷ Coincidimos plenamente con Bianchi en este aspecto. Véase Bianchi, Alberto, “Entre el agotamiento de la instancia...”, *cit.*, p. 862.

²⁰⁸ Afirmó la Sala E en tal sentido: “aunque es posible que existieran mejores opciones, la ejercida por el legislador fue constitucionalmente válida, toda vez que el medio escogido en vista al logro de un fin legítimo —nada menos que el afianzamiento de la justicia— es razonable, no es discriminatorio y no afecta libertades públicas ni frustra el ejercicio de derechos fundamentales”. Véase CNCiv, Sala E, 4-6-99, *ED*, pp. 188-259, citado en García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso...*, *cit.*, p. 403.

²⁰⁹ Véase García Pullés, Fernando, *Tratado de lo contencioso...*, *cit.*, p. 403. Tampoco se nos escapa el hecho de que existen importantes diferencias entre los mecanismos obligatorios previos del derecho civil y los que puedan articularse en el derecho público. Véase al respecto, Aguilar Valdez, O. R., *op. cit.*, p. 654, notas 246 y 247.

va y concreta de que, quien tiene a su cargo la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales, tenga la posibilidad de considerar (los argumentos insertos en la impugnación) y eventualmente revisar su accionar. Esta circunstancia, no se vincula estrictamente con un privilegio o prerrogativa, aunque la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria así lo entienden.

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

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

Aun la visión más extrema en cuanto al rol del juez, admite en ciertos casos la imposibilidad de que el juez pueda inmiscuirse en funciones que no le son propias. En concreto, como el juez halla su límite en lo jurídico, los argumentos “políticos” no podrían ser revisados en sede judicial y sí en cambio en sede administrativa.²¹⁰

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

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

c) Las manifestaciones hasta aquí vertidas, no implican que se impongan exigencias que conlleven un *plus* sobre las propias del funcionamiento

²¹⁰ Está claro que esta circunstancia también se presenta en el caso de que se configure el recurso administrativo optativo.

del Poder Judicial. Se trata de buscar alternativas que también colaboren para que la justicia pueda tutelar en forma efectiva los derechos.

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

3. Conclusión

Ante todo debemos recalcar algunas cuestiones muy saludables.

Primero: cabe destacar la sólida y saludable tendencia que brega por incorporar el llamado “elenco de derechos y garantías” que emanan de los tratados internacionales.²¹¹ Desde nuestra perspectiva, la gran mayoría de argumentos que abogan por la reformulación de los esquemas tradicionales son certeros y se ajustan al cambio de paradigma que ha operado en los últimos años, en torno a la reformulación del derecho público en general,²¹² y del derecho administrativo en particular.

Siguiendo a la moderna tendencia alemana, el derecho administrativo y, concretamente, el procedimiento administrativo²¹³ requiere de una revisión profunda de sus categorías clásicas. No olvidemos que los grandes faros del paradigma actual están signados por la vigencia de técnicas que favorezcan la eficiencia²¹⁴ y eficacia²¹⁵ de cara a la consecuente tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Segundo: la consolidación del Estado de derecho y la transformación del modelo que imperaba hacia mediados del siglo pasado,²¹⁶ no debe lle-

²¹¹ En este sentido, nos parece que, amén de la divergencia en ciertos aspectos, resulta sumamente importante el estudio de Pablo A. Gutiérrez Colantuono.

²¹² Para Supiot, en el derecho público, la idea de una separación horizontal de los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) cedió terreno ante su distribución vertical con la comunitarización y la regionalización. Véase Supiot, Alain, *op. cit.*, p. 215.

²¹³ Véase Schmidt-Assmann, Eberhard, *op. cit.*

²¹⁴ *Ibidem*, p. 357.

²¹⁵ Supiot entiende que el poder ya no se plantea en términos de gobierno soberano sino en términos de “gobernación eficaz”. Véase Supiot, Alain, *op. cit.*, p. 212.

²¹⁶ Supiot ha destacado, con gran acierto, que en el final de la Guerra de Treinta Años (1914-1945), el poder soberano ha dado paso a una profunda transformación en el plano jurídico. Primero, debido a un retroceso del poder discrecional en beneficio del poder funcional, y en un incremento de los controles ejercidos sobre quienes lo detentan. Con-

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

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

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

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

Además de los argumentos esbozados antes (véase *supra* epígrafe X, 2), debemos tener especialmente en cuenta que:

a) Los derechos no son absolutos y el legislador puede configurar en forma razonable su instrumentación.²¹⁷

b) En la mayoría de las ramas del derecho se configura y modula el acceso a la justicia. Nos referimos a lo que se admite en diversos países y a lo que constituye una realidad en el derecho comparado: las herramientas que perfilan, en ciertos casos y evitan, en otros, los conflictos judiciales.

troles *a priori* (el aumento considerable de la obligación de motivar) y controles *a posteriori* (el aumento del papel del juez y los expertos). Así afirma textualmente: “El control de los poderes públicos por parte del juez (administrativo, penal, constitucional o comunitario) se ha incrementado, al igual que el campo de las obligaciones de justificación... que pesan sobre ellos”. Véase Supiot, Alain, *op. cit.*, p. 214.

²¹⁷ A nuestro entender, resulta importante evidenciar la proyección del bagaje que emerge del sistema americano de protección de los derechos del hombre. Concretamente, lo que se ha denominado “elementos estructurales del procedimiento administrativo a la luz de las garantías”. Véase Gutiérrez Colantuono, Pablo y Bautista, Justo Juan, *op. cit.*, pp. 197-232.

c) Que no existan conflictos judiciales no constituye la esencia del sistema de protección de derechos. Simplemente, se intenta que los derechos obtengan tutela más adecuada y expedita.

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

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

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

a) Estimamos que un reclamo obligatorio (frente a omisiones) y un recurso único²¹⁸ (en el caso de impugnaciones de actos),²¹⁹ sujeto a un plazo perentorio amplio (que podría ser solamente el de prescripción)²²⁰ en el que se respeta la igualdad de armas entre la administración y el ciudadano, no es contrario a la tutela judicial efectiva. Además, este recurso y/o reclamo debe ser resuelto en un plazo máximo de 30 días²²¹ para que lue-

²¹⁸ Bustelo ha planteado en términos similares la existencia de un recurso único obligatorio que no esté sujeto a un plazo, salvo el de la prescripción. Véase Bustelo, Ernesto, “Materia procesal administrativa: dilemas que origina su correcta determinación”, *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Dike, 2004, pp. 323 y 324.

²¹⁹ O bien una reclamación administrativa previa en términos genéricos (y no en sentido estricto), tal como afirma Aguilar Valdez. En efecto, este autor propone una reclamación administrativa previa (sin plazo perentorio alguno) como único recaudo para habilitar el acceso a sede judicial. Véase Aguilar Valdez, O. R., *op. cit.*, p. 651. Luego el autor también se pronuncia a favor de que el recurso sea optativo. *Id.*, *op. cit.*, p. 658.

²²⁰ De este modo también se solucionaría el hecho de que no se requiere obligatoriamente la asistencia letrada para obrar en sede administrativa. Véase Aberastury Pedro, *La justicia..., cit.*, p. 152. Sin embargo, el particular, al igual que acontece en otras ramas del derecho, cuando entienda que sus derechos o garantías podrían verse comprometidos frente a un acto u omisión (del Estado o de los particulares), podrá acudir a un abogado. Al poseer un plazo amplio, se elimina el factor que tornaba inconstitucional la regla. En otros términos, no se puede sostener al mismo tiempo —por un lado— la innecesidad del patrocinio letrado y —por otro— un plazo exiguo obligatorio para impugnar que, de no perpetrarse, vedará el acceso a la justicia.

²²¹ Aguilar Valdez propone 30 días hábiles para pretensiones de impugnación de actos, y de 60 días en caso de pretensiones no impugnatorias, con producción automática del silencio. Véase Aguilar Valdez, O. R., *op. cit.*, p. 652.

go (exista o no una respuesta), sin ningún otro tipo de exigencia, se pueda acudir a la vía judicial.

Por otro lado, y aun cuando se puedan desgranar aun más las diversas y variadas hipótesis, resulta indispensable que, al igual que en Alemania o en los Estados Unidos, el juez interprete y valore la *utilidad* del agotamiento en el caso concreto. Frente a la duda o ante cualquier “retardo injustificado” *por cualquier razón*, se deberá prescindir de agotar la vía. Como bien se ha dicho, la irrestricta vigencia del “ritualismo inútil”.²²²

b) Se deben realizar importantes modificaciones a nivel normativo²²³ (entre otras, el plazo de caducidad, los plazos existentes perentorios, la configuración e interpretación del silencio) en los esquemas generales diseñados por la mayoría de los ordenamientos procedimentales y procesales administrativos en Argentina. También se debe instrumentar un sistema estructural material y humano que cristalice los objetivos de la regla.

Siguiendo a la jurisprudencia francesa, el sistema global que se articule deberá conciliar los dos intereses en juego: 1) las reglas establecidas de los recursos previos obligatorios; 2) el derecho de los administrados al respeto integral de las formas y formalidades que las leyes y los reglamentos han previsto en su beneficio.²²⁴

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

²²² *Ibidem*, p. 652.

²²³ Aguilar Valdez, en su excelente estudio, ha relevado una serie de propuestas específicas tendientes a generar un “cambio en la orientación de la LNPA”. Véase Aguilar Valdez, O. R., *op. cit.*, pp. 651-659. También es importante destacar la postura que pretende situar a la denuncia de ilegitimidad como posible solución (a la perentoriedad de los plazos recursivos) en el sistema federal argentino. Véase Gutiérrez Colantuono, Pablo y Bautista, Justo Juan, *op. cit.*, pp. 209-214.

²²⁴ Véase Bonichot, C. et al., *op. cit.* Específicamente, véase punto 8 de las observaciones al fallo Houlbreque. *Id.*, *op. cit.*, p. 700.