

VALIDEZ CONSTITUCIONAL Y VIGENCIA
DE LA EXIGIBILIDAD DEL AGOTAMIENTO
DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PARA
LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA
JUDICIAL, TRAS LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1994

ANA LUCÍA ETCHEVERRY* Y SANTIAGO RUBIO**

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución nacional no se pronuncia de manera expresa sobre el agotamiento de la vía administrativa y la habilitación de la instancia judicial. Sin embargo, la comprensión de estas figuras constituye una cuestión central para demandar al Estado nacional: su cumplimiento constituye un requisito *casi siempre* indispensable; y su omisión —o su cumplimiento defectuoso— puede hacer perder *casi siempre* la posibilidad de conseguir el reconocimiento de una pretensión judicial. A treinta años de la última reforma constitucional, nos propusimos describir el agotamiento de la vía administrativa y la habilitación de la instancia judicial, en el ámbito del Estado nacional, como paso previo a reflexionar sobre su vigencia; y, sobre todo, la validez de su exigibilidad a partir de las modificaciones que introdujo la reforma de 1994. Trabajamos los referidos institutos de manera esquemática, para concluir en el impacto que tuvieron en ellos las modificaciones introducidas en los actuales artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución nacional.

*Abogada, ayudante de segunda en Elementos de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra Carlos F. Balbín), asesora legal en la Secretaría Académica de la Universidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Contacto: anaetcheverry063@gmail.com.

**Abogado, docente adjunto de la materia Derecho Procesal Administrativo (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra Carlos F. Balbín), funcionario en la Secretaría Judicial n° 4 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Contacto: santiagorubio@derecho.uba.ar.

En primer lugar, a fin de introducir el tema –tan repetidamente estudiado en el ámbito administrativo, pero un tanto laberíntico para quienes no se dediquen a esta especialidad–, presentamos brevemente cómo ha sido enunciado, en el marco de los procesos contenciosos administrativos, como una prerrogativa estatal y como un deber específico de las personas particulares que pretendan demandar al Estado nacional.

En segundo lugar, abordamos el texto constitucional para verificar la importancia de su regulación. Diferenciamos los preceptos constitucionales influyentes que se encontraban presentes en la Constitución nacional de 1853 y los que se han incorporado en 1994. Paralelamente, mencionamos el régimen legal previo y posterior a la reforma constitucional, exponiendo sus premisas para una mejor comprensión del tema, así como las vías existentes, su control de oficio en sede judicial y los supuestos de excepción contemplados legalmente.

En tercer lugar, para comprobar cómo podemos compatibilizar las premisas y los derechos enunciados anteriormente a partir de la jerarquización constitucional de la acción de amparo, repasamos su creación pretoriana y delineamos y contrastamos su regulación legal y constitucional. Finalmente, reseñamos jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que permite sintetizar cómo se ha interpretado la admisibilidad de la acción de amparo tras la reforma constitucional de 1994.

A modo de cierre, esbozaremos algunas conclusiones referentes a cómo esa figura procesal, tal como está prevista actualmente en la Constitución nacional, logra amalgamar la prerrogativa estatal de exigir el agotamiento de la vía administrativa con la tutela efectiva mediante su conceptualización como vía idónea para el acceso a la justicia.

II. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PARA LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL: PRERROGATIVA ESTATAL Y CONDICIÓN DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

II.I. Prerrogativa estatal

Siguiendo a Balbín, el proceso contencioso administrativo es el trámite judicial que tiene por objeto impugnar las conductas estatales (acciones u omisiones) o reclamar por los daños y perjuicios causados por el Estado¹, mientras que

1 Balbín, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición actualizada y ampliada, 2015, Tomo IV, p. 1.

el agotamiento de la vía administrativa para la habilitación de la instancia judicial² es un trámite propio, específico y exclusivo de ese tipo de proceso³.

Este trámite, como veremos a largo del trabajo, es una particularidad necesaria y a veces lógica dentro del derecho en el que se enmarca: el derecho administrativo. Y resulta una derivación necesaria del principio de legalidad, que presupone que las violaciones formales o materiales a la legalidad sean rectificadas por la propia estructura administrativa o resulten susceptibles de impugnación ante quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional⁴.

Ante todo, es útil precisar por qué hablamos de particularidades del derecho administrativo. Las respuestas a este interrogante rondarán sobre la misma idea: por la participación del Estado como parte en el proceso; especialmente, como parte demandada.

Para comprender cabalmente esta cuestión, resulta esclarecedor remontarnos sintéticamente a ciertas discusiones suscitadas en los orígenes del derecho administrativo. Como explica Balbín, en aquellos tiempos se incorporó al Estado dentro del universo del Derecho, como persona jurídica y como sujeto de derecho. Así, nació el Estado de derecho. Pero una vez dentro del mundo del derecho, surgió otra discusión relevante y ciertamente actual: ¿debe el Estado regirse bajo el mismo derecho que los particulares? ¿Es el Estado igual que una persona humana a los efectos del derecho?⁵ La existencia del derecho administrativo refleja que no. En efecto, a partir del razonamiento de que el Estado protege un interés público, distinguible de los intereses de las personas particulares, se concluyó en que necesitaba de un derecho propio que regulase, en general, su funcionamiento y sus relaciones jurídicas; y, en especial, su capacidad de ser demandado.

En ese sentido, se ha afirmado:

[No es lo mismo demandar] al Estado Nacional que demandar a un ciudadano particular toda vez que no persiguen los mismos intereses ni son los mismos fines los que procuran uno y otro respectivamente. El particular gestiona su

2 Como aclaración preliminar, dejamos sentado que los institutos del agotamiento de la vía y la habilitación de la instancia judicial tienden a ser inescindibles desde un punto de vista práctico, pero pueden ser estudiados por separado, en tanto cada uno de ellos exhibe singularidades en cuanto a sus conceptos, alcances y regulación. No obstante, a fin de simplificar la tarea narrativa en estas líneas, salvo aclaración en sentido contrario, abarcamos ambos institutos cuando refferamos a cualquiera de ellos.

3 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, Tomo IV, p. 41.

4 Tawil, Guido, "El control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa. Distintos sistemas de organización", Tawil, Guido (director), *Derecho Procesal Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª edición, 2011, p. 3.

5 Cfr. Balbín, Carlos, *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría general*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 1ª edición, 2020. pp. 1-2.

propio y particular beneficio y el Estado, el bienestar general o el de todos los ciudadanos⁶.

La génesis del derecho administrativo, desde la perspectiva expuesta, está en la limitación del poder estatal absoluto, dando por cierto que el poder es parte del Estado y encuentra como límite el respeto de los derechos de ciudadanos y ciudadanas⁷. Ahora bien, ese especial cometido que persigue el Estado no concluye con una simple distinción –la existencia de «otro derecho»–. El plano de desigualdad del que parte el derecho administrativo se concretará con el llamado «régimen exorbitante», así denominado porque excederá la órbita civil y sobrepasará sus límites tradicionales. En tanto garante del interés público, se reconocerá al Estado prerrogativas o privilegios que, observados desde el derecho civil, podrían resultar inválidos. Con ese fundamento, irán apareciendo diversos institutos: el carácter ejecutorio de las decisiones estatales, el régimen de dominio público, las prórrogas de los contratos administrativos ordenadas por el Estado sin el consentimiento de su contraparte⁸ y, en lo que ahora más importa, el agotamiento de la vía administrativa para la habilitación de la instancia judicial. Este último instituto es entendido por gran parte de la doctrina como una prerrogativa procesal y un privilegio reconocido al Estado bajo la lógica expuesta y frente al reconocimiento normativo de su capacidad de ser demandado.

II.II. *Condición para la admisibilidad de la demanda*

La habilitación de la instancia, como vimos, es un trámite propio de los procesos contenciosos administrativos, que puede ser visto como una prerrogativa procesal⁹. Pero, también, como un deber específico¹⁰, por cuanto es un mandato que tendremos que cumplir a los fines de estar aptos para acceder a la sede judicial¹¹ y demandar al Estado.

6 Canese, Alejandro y Merlo, Luis: “El fin del enigma (La habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo)”, *Jurisprudencia Argentina* 1999-III, pp. 111-122.

7 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, T. I, p. 2.

8 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Crisis...*, p. 19.

9 Cfr. Monti, Laura, “Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal”, Ávila, Santiago (coordinador), *Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa: Congreso Federal sobre reformas legislativas, Mar del Plata, febrero de 2014*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos e Infojus, 1ª edición, 2015, p. 111.

10 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, T. IV, p. 41.

11 La comparación del régimen administrativo con la regulación de procesos entre sujetos privados es ajena al núcleo central de este trabajo. Sin embargo, podría pensarse que la regulación de los pasos previos, de carácter obligatorio, a la interposición de una demanda no solo existen en esta rama de derecho público. Basta con mencionar que la Ley 26589 establece “con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial” (art. 1). La norma, igualmente, no merece mayores comentarios en este trabajo por cuanto establece que la “mediación prejudicial obligatoria

Cabe mencionar que se ha explicado al instituto de habilitación de la instancia no solo como un privilegio estatal, en línea con el apartado anterior, sino también como una «etapa conciliatoria entre las partes»; como un «mecanismo de control del órgano jerárquico superior sobre las decisiones del inferior»; y como «un trámite que permite mejorar la defensa del Estado ante un eventual proceso judicial»¹². Otros autores, no obstante, encuentran que solo resulta un privilegio, resabio de la inmunidad soberana del Estado, cuyo único fin es sustraerlo de la sede judicial¹³.

Sin embargo, el instituto de la habilitación de la instancia, independientemente de la manera en que se lo decida conceptualizar, es un deber específico para lograr la admisibilidad de la demanda y requiere a quien pretenda hacerlo que haya dado cumplimiento con dos presupuestos necesarios para demostrar que la Administración «reviste calidad de sujeto enjuiciable»¹⁴: el mencionado agotamiento de la vía administrativa y la interposición de la acción judicial dentro del plazo perentorio de caducidad.

III. REGULACIÓN NORMATIVA

III.I. *El instituto en la Constitución nacional*

La Constitución nacional, vértice superior de nuestra pirámide normativa y base de todo nuestro ordenamiento jurídico, no aborda de manera expresa el agotamiento de la vía¹⁵. Por esa razón, podemos afirmar que no configura, en sentido

no será aplicable en los siguientes casos; (...) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte (...) Amparos” (art. 5, incs. “c” y “d”, respectivamente; la cita es deliberadamente parcial y, en el caso del Estado Nacional, deja abiertos algunos interrogantes que no serán abordados).

12 Cfr. Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, p. 57.

13 Bianchi, Alberto: “¿Tiene fundamentos el agotamiento de la instancia administrativa?”, *La Ley*, Revista Jurídica Argentina, 1995, vol. A, Buenos Aires, pp. 397-435. Cita Online: AR/DOC/12176/2001, p. 13.

14 Canda, Fabián, “La habilitación de la instancia contencioso administrativa”, Tawil, Guido (director), *Derecho procesal administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª edición, 2011, p. 355.

15 En sentido estricto, como veremos más adelante, ellos tienen raigambre legal y solo corresponderá acudir al texto constitucional cuando la regulación por normas de inferior jerarquía sea insuficiente para tutelar adecuadamente los derechos. Simplemente dejamos mencionado, por cuanto examinar en detenimiento la cuestión ameritaría un trabajo exclusivo, que la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya fuente directa es la Constitución nacional, no está subordinada al cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes locales, ni al agotamiento de trámites administrativos de igual naturaleza (Fallos, 346:1117, entre muchos otros).

estricto, una exigencia constitucional: no encontramos, allí, previsión alguna que la exija o la justifique de manera clara y concreta¹⁶.

Esa falta de referencia directa no torna innecesario, ni poco importante, un análisis sesudo de esos institutos a partir de una lectura integral y armónica de la Constitución nacional. Todo lo contrario: en ella encontraremos los límites constitucionales para el ejercicio de esta prerrogativa estatal, en paralelo con las garantías de las personas particulares que deben ser respetadas al reglamentarla. Solo por medio de ese análisis, entonces, podrá verificarse la validez legal de la regulación procedimental y procesal, en cada caso concreto.

Con esa mirada, repasaremos algunas notas que podemos encontrar en el texto constitucional, previo y posterior a la reforma de 1994, para dar contorno a la existencia de los institutos en examen¹⁷.

III.I.a. La Constitución nacional de 1853. Los principios de la división de poderes y de seguridad jurídica como fundamentos

En líneas generales, los principios de división de poderes y seguridad jurídica –reconocidos por nuestra Constitución nacional desde sus orígenes– fueron los ejes centrales para construir –o discutir– los fundamentos constitucionales del instituto central del presente ensayo.

Ya en el precedente de *Fallos*: 288:398 (1974)¹⁸, la Corte Suprema dejó sentado que «es de la esencia de los recursos contencioso administrativos el previo agotamiento de las instancias administrativas». Como han destacado Duffy y Facio, el fallo contiene «por un lado, una alusión a la esencia o naturaleza del agotamiento de la vía administrativa, por otro lado, una explícita vinculación entre el agotamiento de la vía y el principio de separación de poderes»¹⁹.

16 Duffy, Marcelo y Facio, Rodolfo, “Proceso contencioso administrativo federal. Habilitación de la instancia judicial”, Balbín, Carlos, *Proceso Contencioso Administrativo Federal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª edición, 2014, Tomo I, p. 171. Los autores agregan que esa circunstancia recuerda al concepto de “Constitución Invisible” acuñado por Tribe, remitiendo a la idea de que muchas veces buscamos en el texto constitucional respuestas a diversos interrogantes, pero la Constitución no los explica con detalle, de modo que las respuestas dependen más de quién los haya formulado.

17 Aclaremos que el examen no será exhaustivo, sino ilustrativo de las premisas que permiten pensar la vigencia de los institutos.

18 CSJN, Sindicato de los Trabajadores de la Industria Lechera de la Capital Federal y partidos adyacentes, sentencia del 14/5/1974.

19 Duffy, Marcelo y Facio, Rodolfo, “Proceso contencioso administrativo federal. Habilitación de la instancia judicial”, Balbín, Carlos, *Proceso Contencioso Administrativo Federal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª edición, 2014, Tomo I, p. 173.

Posteriormente, en el precedente de *Fallos*: 316:2454 (1993)²⁰, el Alto Tribunal se pronunció con mayor énfasis sobre la habilitación de la instancia para validar su constitucionalidad. Allí, con el objeto de determinar «si, a la luz del principio de la división de poderes tal como ha sido interpretada por el legislador en las leyes 19.549 y 19.987, están reunidas las condiciones bajo las cuales el Estado puede ser llevado a juicio», se pronunció por la validez constitucional del instituto del plazo de caducidad²¹. Por un lado, la Corte Suprema destacó el principio de división de poderes. En ese sentido, sostuvo que «el plazo de caducidad, como prerrogativa propia de la Administración Pública, es necesario para que ella pueda estar en juicio, en virtud de postulados del Estado de Derecho como la justiciabilidad del Estado y la división de poderes» (cons. 7); que, como derivación del principio «división de poderes» y «el cumplimiento de los objetivos y mandatos impuestos a los poderes públicos con la Constitución», la demandabilidad del Estado exige equilibrio entre prerrogativas para el Estado y garantías para el administrado (cons. 8); que el sistema de la habilitación de la instancia ha sido establecido por el legislador en su ámbito de competencia, en una opción interpretativa de la Constitución nacional, para el funcionamiento de las instituciones en ella forjadas (cons. 13 y 14); y que su regulación constituye «una aplicación, en principio y hasta que su constitucionalidad no sea desafiada, de la idea directriz de la división de poderes», compatible con la garantía del debido proceso o principio *pro actione* (cons. 16). Por otro lado, resaltó el principio de seguridad jurídica²². Específicamente, remarcó que la razonabilidad de la brevedad del plazo de caducidad se justificaba por la necesidad de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos (cons. 9).

En suma, la Corte Suprema ha fundamentado la validez constitucional de la habilitación de la instancia judicial a partir de los principios de división de poderes y de seguridad jurídica²³. Cabe añadir, de todas formas, que la postura de

20 CSJN, “Serra, Fernando y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 26/10/1993. Fallos 316: 2454.

21 Si bien el énfasis en el fallo estuvo colocado en ese instituto, los fundamentos son válidamente extensibles al agotamiento de la vía administrativa en general.

22 Esta idea fue retomada y reforzada por la CSJN en el precedente “Gypobras” (1995), en el que se también justificó la existencia de términos para demandar a la administración en la necesidad de “evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración”. CSJN, “Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)”, 5/4/1995. Fallos 318: 4411. Si bien este fallo es posterior a 1994, lo incluimos en este apartado por cuanto su fundamentación no hace hincapié en la reforma de ese año.

23 Vale advertir, siguiendo a Duffy y Facio, que el precedente “Serra” construyó una doble línea argumental: de un lado, se fundó la habilitación de la instancia en las disposiciones y principios de la Constitución nacional, concretamente en el art. 116 y en la división de poderes; de otro lado, se realizó un examen de compatibilidad entre la Constitución nacional y su regulación legal. Esa doble justificación encierra una contradicción: o bien la habilitación de la instancia tiene, como

la Corte Suprema no fue aceptada unánimemente en la doctrina. Sintéticamente, la habilitación de la instancia judicial ha estado en la mira por su potencial vulneración de la tutela judicial efectiva; argumento a partir del cual se ha ponderado especialmente su posible falta de sustento constitucional directo²⁴.

III.1.b. La Constitución nacional de 1994. La jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos

Con la reforma de 1994, en palabras de García Pullés, «se impulsa una jerarquización de los derechos humanos como perspectiva hermenéutica para todo el sistema jurídico»²⁵, principalmente por el otorgamiento de jerarquía constitucional a tratados internacionales de derechos humanos. En ese marco, el derecho a la tutela judicial efectiva obtendrá un reconocimiento aún más pormenorizado, al estar consagrado en aquellos tratados; a saber: artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶.

González Moras identifica la incorporación de los siguientes derechos fundamentales:

a) el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable; b) el derecho a que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga una acción o recurso, es decir, el derecho a un pronunciamiento expreso por parte de la autoridad, sea administrativa o judicial; c) el derecho al desarrollo de los procedimientos administrativos

prerrogativa, un fundamento constitucional directo y por tanto ineludible para legislar; o bien no lo tiene, pero comporta una prerrogativa y un privilegio que es producto de una creación legal compatible con la ley fundamental. Duffy, Marcelo y Facio, Rodolfo, *ob. cit.*, “Proceso...”, p. 175.

24 Como por ejemplo, por Bianchi, para quien es un privilegio sin raigambre constitucional, resabio de la abandonada inmunidad soberana, que por el contrario no es fundamento sino excepción al principio de la división de poderes, en Bianchi, Alberto, *ob. cit.*, “Tiene fundamentos...”, p. 22; o Gordillo, para quien la habilitación de instancia es “una rémora de un pasado remoto y para más foráneo y ajeno a nuestro sistema constitucional” que “atenta contra la razón y el sentido común de los hombres”, en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª edición, 2009, tomo II - La defensa del usuario y del administrado, p. XIII-9.

25 García Pullés, Fernando, “Sobre la necesidad de sancionar un Código Contencioso Administrativo”, Ávila, Santiago (coordinador), *Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa. Congreso Federal sobre reformas legislativas, Mar del Plata, febrero de 2014*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos e Infojus. 1ª edición, 2015. p. 72.

26 Carattini, Marcelo, “El ritualismo inútil como principio jurídico en la habilitación de la instancia judicial”, Bruno dos Santos, Marcelo (director), Cogliati, Natalia (colaboradora), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1ª edición, 2012, pp. 171-172.

y procesos judiciales sobre la base del principio de “igualdad de armas” (...); *d*) la necesidad de adopción, por parte del Estado, de medidas procesales “compensatorias”, a efectos de dar cumplimiento, en el marco del debido proceso, al principio de igualdad y no discriminación; *e*) el derecho a la “efectividad” de la tutela judicial, especialmente en relación con la posibilidad del cumplimiento de las sentencias²⁷.

El impacto de la referida incorporación de los tratados tuvo, en la doctrina, al menos dos interpretaciones. Quienes defendían la validez constitucional de la exigencia no se vieron forzados a cambiar su posición. En ese sentido, Monti explica que «la aludida contradicción es más aparente que real»²⁸, y García Pullés advierte que si bien no hay dudas sobre que el nuevo paradigma de interpretación debe ser desde los derechos humanos, tampoco hay razones para sostener la inconstitucionalidad del instituto, basados en esa «entronización de los derechos humanos», por su sola existencia²⁹. Empero, quienes cuestionaban el instituto desde antes de la reforma encontraron argumentos para reforzar sus críticas. Entre ellos, Gordillo afirmó:

... la habilitación de la vía judicial o el agotamiento de la vía administrativa (...) es una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida [razón por la cual] el constituyente de 1994 dijo que podía acudir a la instancia judicial en materia de amparo sin necesidad de agotar la vía ni hacer el reclamo administrativo³⁰.

Canosa por su parte, señaló que, al ser una creación legislativa, «las normas legales que lo regulan han devenido inconstitucionales, máxime luego de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos»³¹.

27 González Moras, Juan, “La competencia para regular el procedimiento administrativo”, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, RAP, 1ª edición, 2006, p. 793.

28 Monti, Laura, *ob. cit.*, p. 121.

29 García Pullés, Fernando, *ob. cit.*, pp. 75-76.

30 Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª edición, 2009, Tomo II, La defensa del usuario y del administrado, p. XIII-10. Como veremos más adelante, para que la posibilidad de demandar al Estado nacional por medio de una acción de amparo sea operativa sin la necesidad de agotar previamente la vía administrativa, debe demostrarse la configuración del supuesto exigido en la norma. Concretamente, que no existe “otro medio judicial más idóneo”. Ciertamente, no se dejó de lado el agotamiento de la vía si este fuese idóneo para tutelar la pretensión.

31 Canosa, Armando, “Nuevamente sobre el viejo tema del agotamiento de la vía administrativa”, *RAP, Revista argentina del régimen de la administración pública*, volumen 435, nota

III.II. *La tutela judicial efectiva y el principio de razonabilidad*

Llegados a este punto, el examen debe continuar por quién, y con qué marco, tendrá competencia para regular el agotamiento de la vía administrativa³². Si bien coincidimos con que determinar si las normas de procedimiento administrativo deben ser aprobadas a través de una ley o un reglamento implica discutir una de las cuestiones centrales del derecho administrativo contemporáneo³³, por razones de brevedad adelantamos y simplificamos la primera respuesta: el Congreso nacional³⁴; sin perjuicio del rol que el Poder Ejecutivo nacional también ha tenido, y tiene, en los pormenores de esa regulación³⁵.

Compartimos que el sistema de intervención o de reglamentación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional «se encuentra celosamente regulado a través de los Artículos 14, 16, 19, 28 y el actual Artículo 75 inciso 32»³⁶. Y destacamos que, aquí, estamos frente a una regulación del derecho de tutela judicial efectiva derivada del artículo 18 de la Constitución nacional³⁷. Este derecho, siguiendo a Balbín, «consiste en el reconocimiento a cualquier persona de ocurrir ante un órgano imparcial e independiente con el propósito de resolver los conflictos, conforme el orden jurídico, y hacer valer así sus derechos»³⁸. Asimismo, cobra especial trascendencia y se erige como el

a fallo: CNCAF, sala V, 6 de noviembre de 2014. Expte. N° 11754/2011. GCBA - Procuración General (CABA) c/EN - Ministerio de Economía - Decreto N° 1.382/2005 s/proceso de conocimiento, p. 127.

32 Nos centraremos, exclusivamente, en el régimen federal.

33 González Moras, Juan, *ob. cit.*, p. 759.

34 No obstante, como es sabido, la Ley 19.549 ha sido dictada por el Poder Ejecutivo durante un gobierno de facto. De todas formas, asignaremos rango legal a la norma y evitaremos discusiones al respecto.

35 Ya hemos visto que los recursos se encuentran regulados en el Decreto 1759/1972.

36 González Moras, Juan, *ob. cit.*, p. 762.

37 Como explica Hutchinson, “el derecho a la tutela judicial efectiva, con el alcance de acceso a la justicia, no nace, como alguno puede creer, con la ratificación del Pacto de Costa Rica ni con la Constitución de 1994 –cuando se le otorga jerarquía constitucional a dicho Tratado (art. 75, inc. 22)–, pues fue reconocido en el art. 18 de la Constitución nacional de 1853/60 (...). El derecho de acceso a la jurisdicción en pleitos contra el Estado se apoyaba en la Constitución de 1853/60, más específicamente, en lo dispuesto en los arts. 18, 100, 101, 105 y 106 –hoy, arts. 18, 108, 109, 116 y 117–, los cuales estatúan la regla de que el Poder Judicial federal debía intervenir en todo tipo de causas o conflictos de derechos o intereses en los que la Nación fuera parte”. Hutchinson, Tomás, “Breve análisis de algunas cuestiones referentes al Proyecto de Código Procesal Administrativo”, Ávila, Santiago (coordinador), *Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa. Congreso Federal sobre reformas legislativas, Mar del Plata, febrero de 2014*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos e Infojus, 1ª edición, 2015, pp. 36-37.

38 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, T. IV, pp. 4-5.

paradigma central «que informa a todo el sistema protectorio de los derechos de las personas»³⁹.

Bajo esas premisas, sin perder de vista que, como dijimos, el procedimiento administrativo se relaciona con el principio de legalidad⁴⁰, no puede soslayarse que el derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto: puede estar sujeto a reglamentaciones legales, en los términos del artículo 14 de la Constitución nacional⁴¹. Asimismo, bajo la regla contenida en el artículo 28 de la Ley Fundamental: el principio de razonabilidad. Así, el ejercicio de la potestad legislativa exigirá armonizar los fines perseguidos por la política legislativa con los medios utilizados⁴².

En suma, el derecho a la tutela judicial puede ser regulado por ley, pero razonablemente.

III.III. *Una breve reseña del esquema legal vigente*

III.III.a. *La ley 48*

Merece una primera mención en este apartado la discusión atinente a los alcances del artículo 116 de la Constitución nacional en relación con la referencia a que la justicia nacional entendería en «los asuntos en que la Nación sea parte». En efecto, como ilustra Tawil, no surge de ese precepto «si la jurisdicción en él establecida se refería a los supuestos en que la Nación actuaba como parte actora, demandada o en ambos caracteres»⁴³.

El debate parlamentario de la Ley 48 (1863) es prueba suficiente de esa discusión y demuestra que, si bien existió consenso acerca de que la nación podría ser parte actora; no estuvo del todo admitida la posibilidad de que también fuese demandada en juicio. La redacción de la ley, que evita aclarar esa cuestión, es elocuente⁴⁴.

39 Cassagne, Juan Carlos, “El principio de la tutela judicial efectiva”, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 1ª edición, 2015, pp. 621-659.

40 González Moras, Juan, *ob. cit.*, p. 782.

41 Cfr. Aberastury, Pedro: “El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad”, *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Ciudad de México, Número 12, julio-diciembre 2010, p.71.

42 Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 11ª edición, 2016, Tomo I. Capítulo III - El contenido básico del Derecho Administrativo. El carácter relativo de los derechos y los límites constitucionales al ejercicio del poder reglamentario.

43 Tawil, Guido, *ob. cit.*, p. 31.

44 Art. 2.— Los Jueces Nacionales de Sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: (...) 6º En general, todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte.

III.III.b. La ley 3952

Al sancionar la Ley 3952 (1900), se previó que los tribunales nacionales conocerían

... de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo, y su denegación por parte de éste.

De esa manera, la exigencia de reclamar administrativamente con carácter previo a la demanda judicial adquirió sustento legal⁴⁵. La norma también previó que, si la resolución al reclamo «demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales». De ese modo, paralelamente a la necesidad de interponer una reclamación administrativa, el Congreso nacional previó que la falta de respuesta estatal no obstaría a la posibilidad de demandar judicialmente. Con claridad, la Ley 3952 incorporó la reclamación como requisito previo a la interposición de una demanda y dejó prevista una herramienta para poder demandar si la respuesta del Poder Ejecutivo no llegaba⁴⁶.

III.III.c. La Ley 19.549

El esquema legal actual está configurado por el régimen de la Ley 19.549 (1972), con las modificaciones introducidas en las leyes 21.686 (1977) y 25.344 (2000), y está reglamentada por el Decreto 1759/1972⁴⁷. Esa ley, más conocida como Ley de Procedimientos Administrativos, consagra en su título IV el marco normativo a partir del cual el agotamiento de la vía administrativa encuentra su molde actual, con dos vías alternativas, y resulta imperativo para las partes y los tribunales, salvo contadas excepciones.

45 En sentido estricto, la incorporación de la reclamación vino a reemplazar otro paso previo: la venia legislativa, que no será trabajada en este escrito por razones de brevedad.

46 Mediante la Ley 11634 se modificó el art. 1 de la Ley 3952 y se incorporó la noción de que la nación fuese demandada “en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público”, reiterando la necesidad de la reclamación y su posterior denegación o falta de respuesta. Podría decirse que, a partir de esta modificación, se eliminó definitivamente la exigencia de la venia legislativa para la interposición de ciertas pretensiones.

47 Con diversas modificaciones, entre las cuales podemos destacar la del Decreto 894/2017.

III.IV. *El esquema actual*

III.IV.a. *Vías establecidas*

Agotar la vía administrativa implica, muy resumidamente, la interposición de reclamos o recursos en sede administrativa, con arreglo a lo establecido en el régimen normativo que corresponda⁴⁸. Su objetivo consiste, básicamente y dependiendo de la vía que se escoja, en impugnar un acto administrativo ya emitido o en reclamar a la Administración para que expida uno favorable. El instituto remite a la idea de obtener el pronunciamiento de la autoridad superior del órgano con competencia en un asunto concreto, para que quede expresa la postura de la Administración frente a la pretensión, mediante la emisión de un acto administrativo.

En el esquema general⁴⁹, existen dos vías posibles, pero no optativas. El camino correcto dependerá de las circunstancias del caso: si la Administración (a) ya dictó un acto administrativo que genera un agravio; o (b) está evitando dictar el acto que reconozca un derecho. La importancia de esa distinción radica en que de ella se deriva el camino por seguir, porque la Ley 19.459 prevé, como adelantamos, dos caminos⁵⁰: (a) la vía recursiva (interposición de recursos administrativos contra el acto, persiguiendo su declaración de ilegitimidad); y (b) la vía reclamativa (interposición de reclamos administrativos para que se dicte el acto, originado en una relación jurídica preexistente)⁵¹.

Por tanto, cuando se verifique la existencia del acto administrativo que genera un perjuicio, corresponderá utilizar la vía recursiva y será necesario que el particular observe dos características del acto: su emisor y su alcance⁵² (si este es

48 Cabe dejar asentado que el agotamiento exigido en la Ley 19.549 no será de aplicación a los supuestos que no se encuentren regidos por esa norma. Si bien el concepto recién enunciado parece una obviedad, no ha dado pocas discusiones. Para ilustrar el punto, vale recordar, por caso, la jurisprudencia de la Corte Suprema en el precedente de *Fallos: 327:4681* (“*Resch*”), entre muchos otros. Otra referencia necesaria para terminar de delinear esta aclaración consiste en aclarar que existen diversas leyes que prevén esquemas de agotamiento de la vía administrativa distintos del régimen general de la Ley 19.549 y su decreto reglamentario (ver, por ejemplo, Ley 25871, Título VI, Capítulo I, entre muchos otros).

49 Como se anticipó, deriva de la Ley 19.549 y su decreto reglamentario. Las referencias en este apartado serán generales, porque la intención es delinear el esquema para la comprensión del instituto y no detenernos en su regulación legal; se observará, no obstante, mayor –aunque no definitiva– precisión a pie de página, para ilustrarla.

50 La CJSN las ha distinguido reiteradamente. Basta con citar, como ejemplos, los precedentes de *Fallos: 312:1017*, “*Mackentor SA.*”, del 27/6/1989; y *Fallos: 326:4711*, “*Peña Hugo*”, del 25/11/2003.

51 CNACAF, Sala I, “*Gurevich c/ Estado Nacional*”, resolución del 7/11/2019, disidencia del juez Facio.

52 El alcance del acto será de crucial relevancia por cuanto la LPA establece dispositivos distintos para habilitar la instancia judicial según sea tal: para los actos administrativos de alcance

particular⁵³ o general⁵⁴); pero si se constata la ausencia de un acto administrativo que reconozca un derecho, deberá acudir a la vía reclamatoria⁵⁵, presentando el reclamo administrativo previo a la demanda judicial⁵⁶. Como vemos, el esquema legal exige la presentación de peticiones ante la Administración e impone plazos en los cuales debe esperarse la respuesta estatal antes de demandar.

III.IV.b. El control de oficio por parte de los tribunales

Estas condiciones deben ser verificadas de oficio por el tribunal cuando reciba una demanda dirigida contra del Estado nacional y, en caso de que no se encuentre cumplida alguna de ellas, el magistrado deberá –en principio– rechazar la admisibilidad de la acción judicial, entendiéndose que la conducta estatal que

particular, regirá lo establecido por el art. 23, mientras que para los de alcance general, lo normado por el art. 24.

53 En los actos de alcance particular, habrá que identificar si quien lo dictó era la autoridad administrativa superior de la estructura estatal, según la norma que organice la estructura jerárquica en la cual se halle el órgano que dictó ese acto. Observando el emisor del acto, se podrá concluir: 1. a. si la autoridad que dictó el acto es la máxima autoridad del órgano o ente, la vía estará agotada; 1. b. si no es así, la vía no estará agotada. En este último supuesto, debemos buscar la solución en el Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos (1759/72), que regula, en lo que ahora más importa, el recurso jerárquico (arts. 89 a 93 RLNPA). Vale retener que se interpone ante el órgano que dictó el acto impugnado, quien debe elevarlo a su superior jerárquico para que lo resuelva dentro del plazo de los 30 días hábiles administrativos siguientes. Quedará, con la resolución o con el cumplimiento de este último plazo, agotada la vía administrativa.

54 Respecto a los actos de alcance general, el artículo 24 de la LPA nos indica que podrán ser impugnados de manera directa o indirecta. Directamente, podrá ser a través del “reclamo impropio”, denominado así por la doctrina y establecido por el inc. a) del art. 24, para el cual no se establece plazo de interposición, pero sí de resolución. En caso de interponerse, si la Administración resuelve de manera adversa a la pretensión, la vía administrativa estará agotada; pero si no lo hace, se configura el silencio administrativo en los términos del artículo 10, lo cual significa que, si la Administración transcurridos los 60 días no ha resuelto, se deberá requerir pronto despacho, y luego de los 30 días, la vía estará agotada. De modo indirecto, la impugnación conforme al artículo 24 inc. b) será al acto que aplica el acto de alcance general.

55 Es importante resaltar lo siguiente: a) Aquella omisión no se trata de un simple “no hacer” de la Administración, sino que es un “no hacer” que genera un perjuicio y que eventualmente, justificará que se verifique “caso”; y que, b) la pretensión, el derecho que el administrado busca se le reconozca, surge del ordenamiento jurídico, y no es una mera expresión de deseos, sino un derecho que corresponde en virtud de normas ya existentes.

56 La Ley 19.549 dispone en los artículos 30, 31 y 32 que “el Estado Nacional y sus autoridades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin reclamo administrativo previo”, dirigido a la autoridad jerárquica del órgano u organismo de que se trate, para el cual no existe plazo perentorio de interposición. Pero, una vez interpuesto, el Estado tendrá noventa días para contestar, pasado los cuales el interesado podrá interponer pronto despacho, transcurridos otros cuarenta y cinco días con o sin respuesta, podrá promoverse la demanda judicial.

se pretende cuestionar se encuentra consentida y, consecuentemente, ya no es posible impugnarla⁵⁷.

Es importante aclarar que, si bien la verificación de oficio no siempre ha sido una exigencia en la jurisprudencia del Alto Tribunal, las discrepancias generadas a su alrededor se encuentran actualmente zanjadas por una jurisprudencia invariable que, inclusive, ha sido dictada después de la última reforma constitucional. En efecto, a partir de la posición que fijó la Corte Suprema en el precedente “Gorordo”⁵⁸, los recaudos para la habilitación de la instancia no son simples defensas, sino condiciones de admisión del proceso, «presupuestos procesales que determinan el curso de la demanda», y como tales, no pueden tener carácter de renunciables. Por ello, como explicó el Tribunal, la naturaleza del control de oficio se da en una «etapa preliminar» en la que el juez puede desestimar de oficio la demanda, sin que eso altere el equilibrio procesal y sin que el juez se convierta en un intérprete de la voluntad implícita de una de las partes⁵⁹.

III.IV.c Excepciones al agotamiento de la vía administrativa en el régimen legal

Si nos atenemos a la literalidad del artículo 32 de la Ley 19.549, en su redacción actual, derivada de la modificación que introdujo la Ley 25.344, no será necesario el reclamo administrativo previo cuando una norma expresa así lo establezca y cuando: *a)* se intente repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; y *b)* se pretenda el cobro de daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual⁶⁰. La redacción del artículo nos lleva a formular algunas aclaraciones.

En primer lugar, en la medida en que el agotamiento de la vía administrativa se erige como una imposición de jerarquía legal, tiene sentido que la misma ley aclare que si otra norma expresa excluye la obligatoriedad del agotamiento, prevalezca la norma especial⁶¹.

57 Cfr. Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, Tomo. IV, p. 43.

58 CSJN, “Gorordo Allaria Kralj de, Haydée c/ Ministerio de Cultura y Educación”, 4/2/1999, *Fallos*: 322:73 (voto de la mayoría).

59 Esa tesis fue receptada legalmente, mediante la modificación que el art. 12 de la Ley 25.344 (2000) introdujo al art. 31 de la Ley 19.549.

60 Dejamos de lado, deliberadamente, las vías de hecho y el silencio, en la medida en que frente a las primeras contamos con la previsión del art. 25, inc. “d”, de la Ley 19.549; y frente al segundo, en sentido estricto, ya se ha iniciado un cauce administrativo y solo resta esperar una respuesta en los términos de los arts. 10 o 31 de la Ley 19.549, cuya inquietante distinción no será trabajada en estas líneas.

61 Esta previsión puede ser valiosa por cuanto al referir al concepto de “otra norma”, no precisa que se debe tratar de *otra ley* y permite que la excepción derive de una norma de inferior jerarquía. Podría citarse, a título anecdótico pero ilustrativo, la ya derogada previsión contenida en el art. 14 del Anexo VII del Decreto 1172/2003, en el cual no se exigía la interposición de recursos frente a la denegatoria –total o parcial– de la entrega de información pública y se dejaba expedita

En segundo lugar, es importante reparar en que la norma establece que no será necesario «el reclamo administrativo (...)», apreciación que cobra relevancia por cuanto allí se prevé que, en los supuestos allí enunciados, no será imperativo *reclamar*, pero no se excluye la exigencia de *recurrir*. En lo que quizás más importa, la ley nos permite demandar por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual sin una previa reclamación. Pero la norma no faculta a demandar sin una previa interposición del recurso administrativo, si lo que se pretende es una indemnización derivada de un acto administrativo ilegítimo que debe ser impugnado⁶².

En tercer lugar, conviene detenernos en que la redacción actual de la norma dejó de lado una figura que ha sido históricamente relevante a fines de exceptuar del cumplimiento de pasos previos: el ritualismo inútil⁶³. No obstante su supresión legal, la CNACAF ha sentado como doctrina que «traduce un principio jurídico que subsiste como tal»⁶⁴.

En conclusión, la exigencia de agotar la vía administrativa cederá cuando otra norma así lo prevea, cuando se reclame sumas de dinero sin la necesidad de impugnar actos administrativos y cuando se demuestre la inutilidad de su cumplimiento. Fuera de esos supuestos, deberá transitarse una vía administrativa que, por mandato legal, exigirá el transcurso de plazos en los que se tendrá que esperar una respuesta, expresa o ficta, de la administración⁶⁵.

IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Es válido, y usual, afirmar que la admisibilidad de la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución nacional no requiere, como paso

una acción judicial. Desde ya, si una norma constitucional permite exceptuar el cumplimiento del agotamiento, la previsión legal es innecesaria.

62 En ese sentido, la Corte Suprema ha sido enfática al resolver que “al no mediar declaración de ilegitimidad no puede haber resarcimiento o pago de suma de dinero alguna pues falta la causa de tales obligaciones” (*Fallos*: 319:1476, “Alcántara Díaz Colodrero”, del 20/8/1996). Esa doctrina, también citada más recientemente en el precedente de *Fallos*: 345:386, “Ledesma Alicia Noemí”, del 16/6/2022, refuerza la idea de que “los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el art. 25 de la Ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada (...), razón por la cual, en tal caso, no es admisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios basados en el accionar ilícito de la administración”.

63 El art. 32, inc. “e”, de la Ley 19.549 en su redacción original preveía que no sería necesario el reclamo cuando “e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”.

64 CNACAF, “Córdoba Salvador y otros c/ DGFm s/ empleo público”, en pleno, 18/3/2011.

65 No ingresamos en el examen de recursos directos. Por su dispersión normativa, que llevaría a una fatigosa tarea de recopilación; y porque seguimos en la tesitura de tener que transitar un camino en sede administrativa.

previo, del agotamiento de la vía administrativa. Si esa premisa fuese absoluta, podríamos concluir este trabajo simplemente mencionando que la reforma constitucional fulminó la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa para litigar en contra del Estado nacional. Bastaría, pues, con promover una demanda bajo el ropaje de la acción de amparo para sortear el problema del agotamiento de la vía administrativa y la habilitación de la instancia judicial.

Sin embargo, como veremos, la reforma de 1994 introdujo variaciones mayúsculas al otorgar indudable rango constitucional a la acción de amparo; pero no necesariamente dejó de lado la exigencia de transcurrir un camino previo a la interposición de una demanda contra el Estado nacional en todos los casos.

Creemos que es necesario repasar este instituto procesal, desde su creación pretoriana hasta su consagración en el texto constitucional, para comprender verdaderamente los alcances de la afirmación enunciada al comienzo de este apartado⁶⁶.

IV.I. Creación pretoriana⁶⁷ y regulación legal

IV.I.a. Sabemos que la Corte Suprema introdujo pretoriana e irreversiblemente la acción de amparo en nuestro ordenamiento jurídico en el famoso caso Siri⁶⁸. Nos interesa destacar que allí, por mayoría, se afirmó que bastaba la comprobación inmediata de una restricción a un derecho constitucional para que la garantía constitucional invocada sea «restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente». En ese sentido, resaltó que «[l]os preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas».

IV.I.b. Poco tiempo después, la doctrina que surge del precedente Siri se vio reforzada y ampliada, también por mayoría, en el igualmente recordado caso

66 Para graficar la importancia: en líneas generales, el rechazo de una acción de amparo por cuestiones formales solo hace cosa juzgada respecto del amparo, y deja subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo (art. 13 de la Ley 16.986). Sin embargo, el transcurso del tiempo que exigiría la tramitación de ese juicio, fácilmente haría perder la posibilidad de agotar la vía de forma correcta y daría firmeza a la conducta estatal que se estime reprochable.

67 Si bien una verdadera comprensión del impacto de los precedentes, por la actualidad de las discusiones que plantean, exigiría trabajar las disidencias volcadas en ambas sentencias, las dejaremos de lado por razones de brevedad.

68 CJSN, Siri, Angel, sentencia del 27/12/1957, *Fallos*: 239:459.

*Kot*⁶⁹. Aquí, la Corte Suprema resaltó que el artículo 33 de la Constitución nacional reflejaba la existencia de «una garantía tácita o implícita» y apuntó que esa había sido la norma que había dado sustento al precedente *Siri*. Con esa mirada, enfatizó que las garantías constitucionales consideradas por los constituyentes de 1853 tuvieron como objeto, en sentido estricto, «la protección de la libertad». De tal modo, entendió que no era válido afirmar:

[que un] ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad (...) carezca de la protección constitucional adecuada que es, desde luego, la del (...) amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.

Afirmó, con énfasis que «[l]a Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios». Y concluyó:

[siempre que aparezca] de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.

*IV.I.c. Esas discusiones confluyeron en la sanción de la Ley 16.986 (1966)*⁷⁰. La norma, en gran medida vigente, enumera supuestos en los que la acción de amparo no será admisible. Destacamos la existencia de «recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate» (art. 2, inc. “a”, de la Ley 16.986).

69 CSJN, “Kot, S. SRL s/ habeas corpus”, sentencia del 5/9/1958, Fallos, 241:291. Quizás en este precedente, el principal hilo conductor de los razonamientos se hilvana alrededor del *traspaso* de la doctrina de *Siri* a las afectaciones producidas por particulares. Nos detendremos, sin embargo, en los pasajes de la sentencia que nos permiten ilustrar el núcleo de este trabajo.

70 Este trabajo tiene como objeto el estudio de procesos en que el Estado nacional es parte demandada, de modo que omitiremos referencias legales sobre la acción de amparo entre particulares. De todas formas, es útil señalar que “el denominado amparo contra actos de particulares tiene una regulación procesal autónoma en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, particularmente en su art. 321, inc. 2. Ver Vallefín, Carlos; Balbín, Carlos, *Proceso Contencioso Administrativo Federal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª edición, 2014, Tomo II, p. 977.

IV.II. *La constitucionalización del instituto y su recepción jurisprudencial*

IV.II.a. La reforma de 1994 incluyó la acción de amparo en el artículo 43 de la Constitución nacional⁷¹. Allí se estableció que se podrá interponer acción de amparo «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo»; y que podrá ser interpuesta «contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley». Asimismo, se estableció que «el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

Si se contrasta esa redacción con la de la Ley 16.986, se observan modificaciones ostensibles. Ahora bien, para el propósito de este trabajo basta con poner de relieve que la consagración constitucional de la acción de amparo en el artículo 43 de la Constitución nacional no necesariamente introdujo modificaciones directas en las exclusiones a la admisibilidad consagradas en el artículo 2, inciso “a”, de la Ley 16.986: legalmente se determinó que la acción no prosperará frente a la existencia de «recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate» (artículo 2, inciso “a”, de la Ley 16.986); en el texto constitucional encontramos que aquella solo prosperará “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo” (artículo 43, párrafo 1, de la Constitución nacional).

La llave, entonces, estará en discernir e interpretar la idoneidad de la vía del amparo para que se permita sortear la exigencia de la vía administrativa previa a la demanda judicial.

En esa tarea, repasamos diversos precedentes de la Corte Suprema dictados después de la reforma de 1994 que nos permiten dar un contorno comprensible a la noción de amparo como vía idónea, en relación con la existencia de otras vías procesales para el debate judicial⁷². Como punto de partida, debe recordarse el enfoque que tuvo la Corte Suprema en el precedente de *Fallos*: 318:1154⁷³. Aquí, afirmó que la existencia de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo «no es postulable en abstracto sino que depende –en cada caso– de la situación concreta de cada demandante».

71 El examen del instituto girará en torno de la figura de la acción de amparo como cauce procesal. No abordaremos el impacto que tuvo, en nuestro sistema judicial, el amparo colectivo (Cfr. Balbín, Carlos, *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría general*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 1ª edición, 2020, p 122).

72 Deliberadamente, por razones de brevedad, el listado de precedentes no será exhaustivo.

73 CSJN, “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía y otro s/amparo”, sentencia del 6/6/1995.

Posteriormente, en el precedente dictado en la causa “Neuquén para el Mundo”⁷⁴, el Alto Tribunal sostuvo:

... para que sea admitida la vía del amparo resulta necesario que se haya agotado la vía administrativa correspondiente tendiente a permitir que el organismo interviniente enmiende el acto que se considera lesivo de los derechos constitucionales; sólo después de ello, de resultar procedente, quedará habilitada la vía del amparo.

En *Fallos*: 326:2150⁷⁵, reiteró, con énfasis, que tanto el artículo 2 de la Ley 16.986 cuanto el artículo 43 de la Constitución nacional, prevén la procedencia de la acción de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Y agregó que «la vía del amparo se verá desplazada cuando se demuestre la existencia de un recurso que resulte con mejor aptitud procesal para lograr la plena restitución del derecho afectado».

Precisamente, tuvo por configurado ese desplazamiento en el precedente de *Fallos*: 330:1407⁷⁶. Es útil reseñar los antecedentes de este caso: el actor⁷⁷ había promovido una acción de amparo contra una universidad nacional. La cámara federal admitió su pretensión y declaró la nulidad de las actuaciones administrativas derivadas de un concurso universitario. La Corte Suprema revocó esa decisión. Si bien comenzó el examen del caso recordando que la acción de amparo se hallaba entonces consagrada en el artículo 43 de la Constitución nacional, sostuvo, con cita de precedentes previos a la reforma de la Ley Fundamental, que el amparo «es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura (...) la ineficacia de los procedimientos ordinarios».

De esa manera, resolvió que, si el actor cuestionaba una decisión del consejo universitario:

... el planteo debe efectuarse por la vía prevista en el citado art. 32 de la ley 24.521 e importa el agotamiento previo de la instancia administrativa”. Ello era así, por cuanto “el recurso de apelación ante la cámara federal competente, ha sido considerado por el legislador como la vía más idónea, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

74 CSJN, “Neuquén para el Mundo c/ Neuquén, Provincia del y otro s/amparo”, sentencia del 3/11/1998 (sin cita de Fallos).

75 CSJN, “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/art. 47 Ley 23551-inconst. Dec. 1123/99”, sentencia del 4/7/2003.

76 CSJN, “Granillo Fernandez Hector Manuel c/ U.N.L.P. s/ amparo”, 10/4/2007.

77 Invocando derechos y garantías constitucionales tutelados por los arts. 14, 16, 18, 31, 33 y 75, inc. 22, de la Constitución nacional y con el objeto de que el Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata diera por concluido un concurso docente

Finalmente, remarcó que «en el sub lite no existía una situación de urgencia que tornara necesaria la restitución inmediata de los derechos que el actor decía conculcados».

No obstante, el Alto Tribunal también ha matizado ese criterio restrictivo en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Concretamente, en el precedente de *Fallos*: 330:4647⁷⁸, recordó que el derecho a la salud tiene reconocimiento en diversos tratados internacionales, con la jerarquía normativa asignada en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional, y sostuvo que frente a la configuración de supuestos excepcionales «no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir». Con esa mirada, destacó que «su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias». Ello era así, enfatizó, si se tenía en cuenta «el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional».

Con similar orientación, en *Fallos*: 337:1564⁷⁹, frente a una afectación de «carácter netamente alimentario (...) que afecta a uno de los grupos vulnerables definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75 inc. 23)», la Corte Suprema consideró admisible la vía del amparo tras tener por acreditado que existía una omisión de la autoridad pública frente a un claro mandato legislativo desoído.

En esa misma senda, en el precedente de *Fallos*: 339:201⁸⁰, la Corte Suprema descalificó una decisión del superior tribunal provincial, que había rechazado una acción de amparo. Lo hizo porque la decisión recurrida «no consideró que la elección de dicha vía, como remedio judicial expeditivo, se fundó en los daños inminentes al medio ambiente», ni tuvo en cuenta diversas previsiones normativas relevantes para la solución del caso. En esos términos, destacó que, si bien la

78 CSJN, María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial, sentencia del 30/10/2007.

79 CSJN, Villarreal Mario Jesús c/ PEN-PLN y Máxima AFJP s/ amparo, sentencia del 30/12/2014. El actor dedujo acción de amparo contra el Poder Ejecutivo nacional, el Poder Legislativo y Máxima AFJP con el objeto de que no se dispusiera de los aportes voluntarios que se encontraban en su cuenta de capitalización individual.

80 CSJN, «Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros 5/ acción de amparo», resolución del 2/3/2016. Acción de amparo contra la provincia de Catamarca, la empresa Minera Agua Rica LLC Sucursal Argentina, Yamana Gold Inc. y el municipio de Andalgalá, con el objeto de obtener la suspensión de todo trabajo de instalación, transporte, construcción o preparación destinado a la explotación de las Minas de Agua Rica, ubicadas en los nevados del Aconquija, así como el cese definitivo de dicho emprendimiento, por lesionar los derechos a un medio ambiente sano y equilibrado, a la salud, a la vida, a la integridad física y a la propiedad de los accionantes y de todos los habitantes de la región.

acción de amparo no estaba destinada a reemplazar los procesos ordinarios, «los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales».

Finalmente, nos interesa destacar que en *Fallos*: 344:3011⁸¹ (voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti), la Corte Suprema precisó:

... luego de la citada reforma de 1994, el Tribunal continuó velando por el reconocimiento del amparo en toda su plenitud y como llave para la realización de las demás cláusulas constitucionales. El reconocimiento de un derecho implica una vía procesal apta para hacerlo eficaz pues (...) “donde hay un derecho hay una acción legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido”.

En suma, mediante la interposición de la acción de amparo se podrá prescindir del agotamiento de la vía administrativa, siempre que aquella sea la vía judicial idónea.

V. COLOFÓN

La reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones que, de manera directa e indirecta, han impactado positivamente en cómo debe ser interpretado el agotamiento de la vía administrativa. Por un lado, a partir de la jerarquía normativa que consagra la ampliación de derechos surgida de la incorporación del artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional; y, por otro, mediante la inclusión de la acción de amparo en su artículo 43. Igualmente, a partir de los conceptos abordados y desarrollados en este trabajo, creemos que es posible sostener su vigencia y validez constitucional tras la reforma.

Desde la perspectiva expuesta, consideramos estrictamente necesaria una buena comprensión de la regulación constitucional, legal y reglamentaria de este instituto procedimental y procesal para que su mal uso no concluya en la pérdida de la posibilidad de ejercer un derecho. En efecto, el régimen general de la Ley 19.549 permite canalizar las pretensiones recursivas y reclamatorias por medio de las vías allí previstas y contempla diversos supuestos de excepción claramente delimitados, a los que se añade la figura del ritualismo inútil. Paralelamente, cuando el sometimiento a una de esas vías implique, en la práctica, la imposibilidad de ejercer un derecho de manera adecuada, la exigencia del agotamiento de la vía administrativa cederá frente a la acción de amparo. Esta posibilidad no es, en sentido estricto, optativa: la norma constitucional, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la ha interpretado, exige demostrar circunstanciadamente que los caminos creados por el Congreso de la Nación no son aptos para la tutela del derecho invocado. Solo así, el amparo será la *vía idónea*. En ese sendero, despejando las excepciones que contempla el

81 CSJN, “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo Ley 16.986”, sentencia del 21/10/2021.

propio régimen legal, podría enunciarse una serie de pautas para la admisibilidad de la acción de amparo, entre las cuales destacamos la jerarquía de los derechos en juego y la urgencia que exija la respuesta judicial.

En conclusión, el agotamiento de la vía administrativa con carácter previo a demandar al Estado nacional se inscribe en una lógica constitucional que permite, pero no define, su existencia. Por ello, en cuanto la Constitución nacional no lo trata de manera directa, su exigibilidad solo será válida en la medida en que la regulación del instituto se ajuste a las previsiones constitucionales que le dan marco. Entendemos, así, que la compatibilización del régimen legal con el régimen constitucional debe ser realizada con una mirada sesuda que, frente a la prerrogativa estatal de reglamentar los derechos, priorice el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Ese examen debe ser realizado para valorar, en cada caso concreto, el esquema normativo vigente; pero, también, para ponderar la validez constitucional de cualquier modificación legislativa que se intente emprender en este campo. La reforma constitucional de 1994 invita, pues, a *repensar* el diseño de esa exigencia.⁸²

82 Poco tiempo después de haber presentado este capítulo, la ley 27.742 (B.O. 8/7/2024) modificó el texto de la ley 19.549 en aspectos que habíamos trabajado especialmente. En líneas generales, podemos decir que la nueva redacción de la ley mantiene, con modificaciones y precisiones, un esquema en el cual se conservan su exigibilidad como requisito legal y su agotamiento por vía de recurso y/o de reclamo, así como la exigencia del cumplimiento de un plazo de caducidad para la interposición de una demanda judicial. Asimismo, se prevén excepciones para situaciones, fácticas y normativas, concretas; en ciertos casos, con criterios novedosos y, en otros, receptando una invariable jurisprudencia de la justicia federal. Tomamos la decisión de mantener el texto original del artículo, tal cual había sido presentado: si bien plasmamos reflexiones elaboradas con un régimen legal previo a la reforma legislativa de 2024, el trabajo se estructuró sustancialmente alrededor de la reforma constitucional de 1994. En este escenario, desde ya, asumimos el compromiso de hacer un seguimiento jurisprudencial sobre las recientes pautas fijadas por el Poder Legislativo que nos permita verificar si las conclusiones desarrolladas con un enfoque centrado en la Constitución Nacional han mantenido, o no, vigencia con el nuevo régimen legal instaurado.

LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

Treinta años después

Coordinadores

LEANDRO ABEL MARTÍNEZ

LUCIANO DURRIEU



ALFONSO - ALONSO REGUEIRA - ALVADO - ÁLVAREZ ALONSO
BENCE PIERES - CARSEN NICOLA - CHACÓN - COLOMBANO
DOLABJIAN - DURRIEU - ETCHEVERRY - FLORES COLLAZO
FREEDMAN - GARCÍA - GASCUE - LÓPEZ ALFONSÍN - MARTÍNEZ
PENNELLA - REY - RIOS - RODRÍGUEZ - RUBIO - SPOTA - WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2025

MARTÍNEZ, LEANDRO ABEL

La Constitución reformada - Treinta años después / Leandro Abel Martínez;
Luciano Durrieu (Coord) 1a. edición especial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :
Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad de Buenos Aires, 2025.

272 págs.; 23x16 cm.

Edición para Asociación de Docentes UBA, Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales

ISBN 978-987-46364-4-7

1. Derecho Constitucional. I. Durrieu, Luciano II. Título.

CDD 342.02

Edición:

Edición de estilo a cargo de la Lic. Clarisa Analía Vittoni

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina