

Las interminables Horcas Caudinas¹, o sobre el fútil y estéril requerimiento del previo agotamiento de la instancia administrativa previa.

...En la cordillera estableceremos una colonia revolucionaria. Allí, los novicios seguirán cursos de táctica ácrata, propaganda revolucionaria, ingeniería militar, instalaciones industriales, de manera que estos asociados el día que salgan de la colonia puedan establecer en cualquier parte una rama de la sociedad... ¿Me entiende? La sociedad secreta tendrá su academia, la Academia para Revolucionarios.

El reloj suspendido del muro dio cinco campanadas. Erdosain comprendió que no podía perder más tiempo, y exclamó:

-Perdone que lo interrumpa. He venido para un asunto grave ¿tiene usted seiscientos pesos?

Roberto Arlt²

A MODO DE INTRODUCCIÓN

En el primer ensayo de *“El lenguaje de los argentinos”*, Jorge Luis Borges, luego de demostrar la absurdidad gramática de considerar que cada palabra marca una idea autónoma, concluye con fuerza: *“...las palabras no son la realidad del lenguaje, las palabras -sueeltas- no existen³.”*

Convencidos como estamos de que la palabra, en cuanto tal, no es material suficiente para análisis crítico alguno⁴, las consideraciones que a continuación verteremos no se van a limitar al corpus doctrinario o a la fría y distante letra de la ley, sino que se tomará en cuenta –en el marco de nuestras limitadas posibilidades- la enseñanza de los hechos⁵.

¹ *“Encuéntrese un profundo desfiladero a la entrada y otro a la salida. Los samnitas estaban allí emboscados, sin que pudiese verlos el enemigo. Los romanos entran en el valle sin obstáculo, pero encuentran cerrada la salida con grandes empalizadas y por numerosos soldados. Vuelven sobre sus pasos; pero tras ellos se han levantado las mismas barreras y las cohortes samnitas coronan todas las montañas. Comprenden, aunque demasiado tarde, que han caído en un ardid de guerra, y que los samnitas, en vez de esperarlos en Luceria, les han tendido una red temible en los desfiladeros del Candium. Luchan en un principio, pero sin esperanza ni objeto: no pudiendo su ejército desplegarse para maniobrar, estaba todo perdido antes de la lucha... Los generales romanos... entregaron en rehenes, por caución de su fiel ejecución, seiscientos caballeros escogidos; empeñaron, en fin, su palabra y la de todos sus principales oficiales. Sólo entonces las legiones pudieron salir de las Horcas Caudinas ilesas, pero deshonoradas. Embriagados con su triunfo, obligaron, además, los samnitas a los odiosos enemigos de su país a deponer las armas y a pasar humillados bajo un yugo”* MOMMSEN, Theodor s/d *Historia de Roma* (Madrid Aguilar) T. I, págs.. 457/458

² ARLT, Roberto *Los siete locos*. Se puede consultar este libro en <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/roberto/los-7-locos.pdf>

³ BORGES, Jorge Luis 2011 *Obras completas I* (Buenos Aires, Sudamericana) pág. 267.

⁴ En *el mundo de Sofia*, Jostein Gaader nos dice que *“Para Hegel la Historia era como el curso de un río. Cada pequeño movimiento del agua en un punto dado del río está en realidad determinado por la caída del agua y sus remolinos más arriba. Pero también está determinado por las piedras y los meandros justo en ese lugar donde tú lo estás mirando”* GAADER, Jostein 1994(Madrid, Siruela).

⁵ *“...nosotros somos los únicos que diferenciamos absolutamente entre Naturaleza y Cultura, entre Ciencia y Sociedad, mientras que a nuestros ojos todos los demás, sean chinos, amerindios, azande o barouya, no pueden realmente separar lo que es conocimiento de lo que es sociedad, lo que es signo de lo que es cosa, lo que viene de la Naturaleza, de lo que su cultura requiere. Hagan lo que hagan, no importa si es adaptado, regulado o funcional, ellos siempre permanecen ciegos al interior de esta confusión. Ellos son prisioneros tanto de lo social como del lenguaje. Nosotros, hagamos lo que hagamos, no importa cuán criminal o imperialista podamos ser, escapamos a la prisión de lo social y del lenguaje para lograr acceso a las cosas mismas a través de un portón de salida providencial, el del conocer científico. La partición interna entre humanos y no humanos define una segunda partición –una externa esta vez- a través de la cual los modernos se han puesto a sí mismos en un plano diferente de los modernos”* LATOUR, Bruno 2007 *nunca fuimos modernos. Ensayo de antropología simétrica* (Buenos Aires, Siglo XXI) pág. 148. O en palabras de un abogado: *“Es imposible una teoría jurídica destinada a ser aplicada por los operadores judiciales en sus decisiones, sin tener en cuenta lo que pasa en las relaciones sociales entre las personas. No se trata de una empresa posible aunque objetable, sino de un emprendimiento tan imposible como*

¿Por qué descender a los hechos? Alicia Ruiz nos da la respuesta: “*Si se quieren ensayar prácticas distintas, ya sean teóricas o judiciales, habrá que explicitar la relación entre el derecho y la democracia, sin lo cual difícilmente la actuación de los juristas o la de los jueces supere el límite de las buenas intenciones o la repetición del discurso iluminista que, en los días que corren, sólo es expresión de sorprendente ingenuidad o de descarado cinismo*”⁶.

¿Y por qué tomar en cuenta otras ciencias? Porque, haciendo nuestra una idea que expusiera en su momento Zaffaroni⁷, un derecho administrativo o procesal administrativo sin fundamentación filosófica puede tomar absolutamente cualquiera, con lo que queda reducido a una simple técnica interpretativa, cuyas consecuencias pueden ser el desconocimiento de derechos esenciales. Ejemplo de lo dicho la necesidad de agotar previamente la instancia administrativa previa, como graciosa técnica de remisión del la garantía de la tutela judicial efectiva⁸ hacia cierta oquedad del cuerpo humano a la que, por definición, no han de llegar los rayos del sol.

Así, nuestro análisis tratará de no ser *meramente*⁹ jurídico toda vez que el derecho -suelto- *no existe*¹⁰.

Aunque la anterior afirmación parece una enormidad, cuando se advierte que estamos hablando de una temática que, hace más de medio siglo ya, ha sido denunciada como propia de paradigmas que insisten en reducir a los ciudadanos a la minusválida categoría de

hacer medicina sin incorporar los datos fisiológicos” ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro 2005 *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Ediar), pág. 22.

⁶ RUIZ, Alicia *Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo* en COURTIS, Christian 2009 -comp- *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (Buenos Aires, Eudeba) pág. 9

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl 1980 *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires, Ediar) T. I., pág. 31

⁸ “*Estas dificultades para alcanzar la revisión judicial del comportamiento administrativo resultan doblemente cuestionables pues, además de generar situaciones de privación de justicia, esconden en muchas ocasiones una equivocada tendencia a sobreproteger al Estado, situación esta última que frecuentemente, termina operando como un incentivo para que la Administración actúe ilegítimamente.*” PERRINO, Pablo Esteban “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa” en *Revista de Derecho Público* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni) año 2003-1 –proceso administrativo I- págs. 257 y sig.

⁹ En numerosos trabajos Alicia Ruiz señala que, si se quiere abordar en su real dimensión el fenómeno jurídico, resultará preciso superar los obstáculos epistemológicos que han convertido a los diversos operadores jurídicos (abogados, jueces, doctrinarios, profesores universitarios, etc.) en *una especie de tribu endogámica en el campo de las ciencias sociales*. Por supuesto, esos obstáculos epistemológicos no son privativos de las variantes positivistas, los diversos iusnaturalismos también están infectados. En palabras de Cárcova: “*Los grandes paradigmas jurídicos de la modernidad no sólo tienen una visión matematizante como común fundamento (del modelo hobbesiano de la demostratio al de la axiomática kelseniana), también coinciden en la absolutización de lo jurídico, cuya naturaleza histórica escamotean, con fundamento en Dios, en la naturaleza, en la Razón en el primer caso, o con fundamento en una hipótesis gnoseológico-trascendental, una norma de reconocimiento o una ficción, en el otro*” Ver CÁRCOVA, Carlos *Jusnaturalismo y positivismo jurídico: un debate superado* en AA.VV. 1996 *Derecho, política y magistratura* (Buenos Aires, Biblos). Pero no hay que ser tan rudos en el análisis. Es cierto que la ciencia jurídica no se caracteriza por un generalizado abrazo a la inter-transdisciplina, pero las otras ciencias sociales no son exactamente un ejemplo de lo contrario. Carnap ya lo había dicho: “*Si uno está interesado en las relaciones entre campos que, a tenor de las divisiones académicas al uso, pertenecen a departamentos diferentes, no se le acogerá como “constructor de puentes”, como podría esperar, sino que ambas partes tenderán a considerarlo un extraño y un intruso intelectual*” Ver CARNAP, Rudolf 1992 *Biografía intelectual* (Barcelona, Paidós Ibérica).

¹⁰ “*En ese caso, pues, no recurriremos, por lo que a nosotros atañe, a una extensa y poco convincente retahíla de argumentos, afirmando, con hermosas palabras, que ejercemos el imperio justamente porque derrotamos al Medo o que ahora hemos emprendido esta expedición contra vosotros como víctimas de vuestros agravios; pero tampoco esperamos de vosotros que creáis que vais a convencernos diciendo que, a pesar de ser colonos de los lacedemonios, no os habéis alineado a su lado, o que no nos habéis hecho ningún agravio; se trata más bien de alcanzar lo posible de acuerdo con lo que unos y otros verdaderamente sentimos, porque vosotros habéis aprendido, igual que lo sabemos nosotros, que en las cuestiones humanas las razones de derecho intervienen cuando se parte de una igualdad de fuerzas, mientras que, en caso contrario, los más fuertes determinan lo posible y los débiles lo aceptan*”. TUCÍDIDES, 2006/2007 *Historia de la guerra del Peloponeso* (Madrid, Gredos) T. III, págs. 142/143.

administrados¹¹; que todavía se debata sobre el agotamiento de la instancia administrativa previa tendría que ser visto con ojos cargados de oprobio, por no decir lisa y llana vergüenza.

Por todo lo expuesto, en tiempos en los que se ha tornado necesario hasta la apología de la obvedad¹², la falta de novedad no empece a la epifanía de su necesidad¹³.

Antes de ingresar al trabajo, queremos hacer una última advertencia: estamos persuadidos de que el lenguaje que utilizamos a lo largo del trabajo podrá granjearnos una prematura descalificación atento su falta de recato. Si pese a ello persistimos en este estilo de redacción, es porque la materia en trato nos hace suscribir las siguientes palabras de Mariano José de Larra: *“A pesar de razones tan fuertes, que yo mismo conozco tener ustedes para esconder en estas circunstancias la cara, como si fuera dinero, esta carta se dirige á declararme en estado completo de insubordinacion contra lo determinado, por mis compañeros, porque seria un dolor que nosotros fuésemos á dar un ejemplo de armonía en un pais donde no hay ninguna, ó de disciplina donde no la conoce ni la tropa. Esto me puede valer algo con el tiempo, verbi gratia, unos galones, ó que me fusilen, que de todo hay ejemplares¹⁴”*.

EL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA COMO CONCEPTO MÍTICO

“La subsistencia del reclamo administrativo previo se exhibe, más bien, como una rémora, cuyo sentido se vincula con el fin de dilatar, mediatizar, entorpecer o evitar la demandabilidad del poder público... las ensayadas no pasan de ser motivaciones de mera conveniencia o de política legislativa (en su mayoría hechas valer fuera de todo ámbito estadístico o de verificación empírica)”

Daniel Fernando Soria¹⁵

¹¹ La dimensión «política» del hombre frente al Estado parece poseer mayor fuerza que su dimensión «administrativa». El ciudadano participa en el Gobierno, de acuerdo con la teoría democrática. Participa, en primer lugar, por medio de la elección de los legisladores y de los gobernantes. Tiene —en principio— ese poder de determinar la orientación de la política al decidir el triunfo de un programa sobre otro en las grandes -jornadas electorales. Tiene la posibilidad de ejercer la iniciativa de las Leyes y de controlar de cerca la acción del Gobierno a través de sus representantes en las Cámaras. Las altas instancias parlamentarias pueden sancionar al Ejecutivo, a los Ministros, provocando la rectificación de sus actos, la desaprobación de sus proyectos o la renuncia que constitucionalmente procede tras un voto de desconfianza o de censura... Junto a esos hechos —que son una viva imagen de la realidad política de nuestros días— el círculo de acción del administrado resulta mucho más humilde, mucho más reducido y débil. Tener que recorrer el lento y fatigoso camino de la solicitud o del recurso a través de la línea jerárquica administrativa —o de la demanda contenciosa ante los Tribunales— es una situación casi de impotencia comparada con las condiciones de dinamismo y de vigor que antes veíamos en relación con las potestades del ciudadano. Más aún, la humildad del administrado se acentúa en sus primeros pasos; cuando se mueve, no en la Sala de Justicia —donde al fin ha decidido enfrentarse con las autoridades, invocando derechos y exigiendo respeto a sus intereses—, sino en las oficinas públicas, en el despacho de un funcionario, delante de una ventanilla, donde —en estos tiempos de alto voltaje democrático— el que necesita algún servicio de la Administración se comporta con frecuencia como el más desamparado y suplicante de los siervos antiguos” MONTIEL, Félix “El ciudadano y el administrado” en *Revista de Administración Pública* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Núm. 48 —septiembre/diciembre de 1965- págs. 130/131.

¹² “El que quiera luchar hoy contra la mentira y la ignorancia y escribir la verdad tendrá que vencer por lo menos cinco dificultades. Tendrá que tener el valor de escribir la verdad aunque se la desfigure por doquier; la inteligencia necesaria para descubrirla; el arte de hacerla manejable como un arma; el discernimiento indispensable para difundirla.” BRECHT, Bertolt, “Las cinco dificultades para decir la verdad” en *Mientras tanto* (Barcelona, Icaria Editorial) núm. 77 —primavera del 2000- pág. 53.

¹³ O como le dijese Guillermo a Adso, “El camino de la ciencia es difícil, y es difícil distinguir en él lo bueno de lo malo. Y muchas veces los sabios de estos nuevos tiempos son sólo enanos subidos sobre los hombros de otros enanos” ECO, Umberto 2017 *El nombre de la rosa* (Buenos Aires, Sudamericana) pág. 95

¹⁴ LARRA, Mariano José de 1843 *Obras completas de Fígaro (Don Mariano José de Larra)* (Madrid, Imprenta de Yenes) T. III, pág. 217.

¹⁵ SORIA, Daniel Fernando “Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la administración” en CASSAGNE, Juan Carlos -director- *Derecho procesal administrativo* (Buenos Aires, Hammurabi) T. 1, págs. 809 y 817.

Señala Puy¹⁶ que la palabra mito es una recuperación romántica de un viejo término, primero griego (*Mythos*) y después latino (*mythus*), que significa “narración”, y lo es de algo que aún no ha acontecido¹⁷. Siguiendo los lineamientos de Puy, RISSO FERRAND nos dice que *el mito es la narración de un acontecimiento originario que tiene actualidad operativa. ¿Por qué? Pues porque no es solo un cuento seductor, relativo a la historia de los dioses, sino que es una reviviscencia de los orígenes. El mito implica un saber irracional pero no por eso inútil; por el contrario, puede ser muy importante*¹⁸.

No desconocemos que, tal como lo señalaba el maestro García de Enterría, la historia del derecho administrativo es la cronología de la reducción de las sistemáticas inmunidades que las administraciones han opuesto a cualquier posibilidad de control judicial¹⁹. Pero si a la fecha se sigue constatando que el contencioso es, en comparación con cualquier otro proceso judicial, un severo mixturaje entre una ordalía y el suplicio de Sísifo²⁰, ¿qué duda cabe que continuamos actualizando el remanido debate *ius/lex*²¹ que en occidente tiene partida de nacimiento en Sófocles²² y su *Antígona*²³?

¹⁶ PUY, Francisco 2006 *Jurídica tónica* (México, Porrúa) págs. 6 y ss.

¹⁷ Continúa Puy señalando que por mito se entiende, en primer lugar, una narración plástica, imaginaria o legendaria, de hechos misteriosos o acontecimientos secretos cuyos protagonistas son los dioses, y que por eso hacen relación con los orígenes o con el principio de las cosas, de los hombres o de los grupos sociales entre quienes se desenvuelve o a quienes se dirige. En segundo lugar, el mito implica una narración dotada de virtualidad propia, de fuerza operativa interna actual, y es este aspecto el que rescata Puy para la praxis humana en general y para el derecho y su práctica en particular.

¹⁸ Véase RISSO FERRAND, Martín *Los derechos humanos como concepto mítico* en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008* (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung), págs. 135 a 147.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo “Las luchas contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Núm. 38 –mayo/agosto de 1962– pág. 166.

²⁰ “Es un hecho que el acceso a los Tribunales contencioso-administrativos es infinitamente más complejo que el acceso a los Tribunales ordinarios. Por varios y concurrentes motivos: la necesidad de provocar un acto administrativo previo, la de agotar contra él la vía administrativa, el sometimiento de los recursos administrativos previos y de la misma acción judicial a plazos fugacísimos de caducidad —medidos por días—, que contrastan con los largos plazos de prescripción —medidos ordinariamente por años— vigentes en las vías ordinarias (prescripción que admite llanamente, además, la posibilidad de interrupciones judiciales o extrajudiciales), las limitaciones de legitimación para recurrir a quienes, sin embargo, se sienten subjetivamente afectados por las actuaciones administrativas, los restos históricos convencionales sobre una supuesta limitación de los poderes jurisdiccionales respecto a los actos de la Administración, la inercia mental de ver en esta un poder legitimado y tendencialmente justificado en cualquiera de sus actuaciones, por la identificación tradicional entre poder y derecho (*the King can do not wrong, lex animata in terra, lex loqueas, etc.*), especialmente en cuanto a actos discrecionales, pretendidos actos políticos y actos normativos, la exigencia de requisitos especiales como el de previo pago o el de dirigir la demanda necesariamente contra un acto sin poder pedir una condena por vía principal, sino exclusivamente accesoria, etcétera, etc.” “Todo ese complejísimo sistema de preceptos contrasta con la facilidad con que cualquiera puede dirigirse al Juez ordinario sin más que cumplir unas reglas elementales y claras. Este contraste es además llevado al extremo si se observa que la inadmisión de una acción civil no implicará normalmente para el accionante una pérdida definitiva de su derecho, por la posibilidad de un replanteamiento inmediato del proceso, una vez subsanados los defectos iniciales..., en tanto que la declaración de inadmisión de un recurso contencioso lleva aparejada ordinariamente... la imposibilidad absoluta de volver a plantearlo, y con ello la de una pérdida completa y definitiva del derecho material discutido. En las complicadas sirtes del proceso contencioso-administrativo y de sus supuestos previos se producen todos los días pérdidas de derechos materiales que habría que ser muy insensible a los valores jurídicos para no deplorar profundamente. Es esto lo que da a las declaraciones de inadmisión de los recursos un tinte de verdaderas denegaciones de justicia en la conciencia de los administrados, que no alcanzan a comprender lo que ellos se imaginan —y la jurisprudencia antigua no dejaba de darles la razón en ocasiones— que es una simple resistencia a enjuiciar los actos del poder público.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo “el principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos” en *Revista de Administración Pública* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Núm. 42 –septiembre/diciembre de 1963– págs. 274/275

²¹ “Esta tragedia sobre la realidad dividida y doliente... se alza así como símbolo del funesto resultado generado por el recíproco desconocimiento de *ius* y *lex*, del derecho profundo y estable de los vínculos sociales, personificado en *Antígona*, y de la artificial y mudable ley pública del Estado, personificada en *Creonte*: resultado radical de muerte física para *Antígona* y de muerte espiritual —nosotros diríamos “deslegitimación” total— para *Creonte*, rechazado por sus conciudadanos y repudiado incluso en su propia casa, de quien al final “nada queda””

Para percatarnos de esto, basta con detenernos unos segundos en los argumentos dados por la doctrina legitimante de esta aberración. De acuerdo a Hutchinson²⁴, el procedimiento administrativo impugnador tiene por finalidades: a) producir una etapa conciliatoria previa al contencioso; b) dar a la administración la posibilidad de revisar el acto y de corregir un eventual error; c) promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos de los órganos inferiores; d) facilitar la tarea del órgano judicial, llevando ante él una controversia ya planteada; e) incorporar, al eventual proceso, la especialización y la experiencia técnica que suele existir en la administración y que raramente cuenta el Poder Judicial; f) permitir al particular exponer y fundamentar su pretensión con menores exigencias formales y de plazos que las vigentes en el contencioso, amén de la gratuidad del primero frente a la onerosidad del segundo. Veamos

Respecto de los tres primeros fundamentos (conciliación, revisión y control) es el propio autor que los postula, quien reconoce explícitamente su mero carácter especulativo²⁵. No obstante

ZAGREBELSKI, Gustavo *La ley, el derecho y la constitución* en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) núm. 72 de septiembre-diciembre de 2004, págs. 12 y 13.

²² Partimos de *Antígona* para fundamentar un trabajo científico no tanto en tributo a las palabras que Wilde escribiera en 1889 en su *La decadencia de la mentira* (“*La vida, la misera vida, verosímil y sin interés, reproduce las maravillas del arte*”), o a la altísima consideración en que la tenía Hegel (para quien era una de las obras de arte más excelsas y desde todo punto de vista más perfectas de todos los tiempos) sino porque la noción de drama griego clásico (la única excepción la constituyen algunas obras -melodramas- de Eurípides como *Las troyanas*) implica representar una dinámica de tensiones filosóficas, religiosas y políticas enfrentadas que se resuelven dialécticamente... y no siempre para bien –en *Antígona*, como en *Hamlet*, casi todos terminan muertos-. Ya Foucault señalaba que en la tragedia clásica se escenifica una representación histórico-jurídica del poder y del derecho público [FOUCAULT, Michel 2001 *Defender la sociedad* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica) pág. 164] por la cual la polis reflexiona acerca de sí misma. Siendo como era una invitación a la reflexión y a la crítica, la muy democrática Atenas intentó establecer su control sobre el público, como ya Platón nos informa en *Las leyes* (701 A) al señalar que “...*la masa del público eran mantenidas en orden por medio de la vara de la policía*”. Al lector actual le puede resultar un poco exagerado dar tanto poder a una representación teatral pero, si seguimos nuevamente a Foucault, vemos que “*Muchas obras de Sófocles, como por ejemplo Antígona y Electra, son una suerte de ritualizaciones teatrales de la historia del derecho. esta dramatización de la historia del derecho griego compendia una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban... Este derecho de oponer una verdad sin poder a un poder sin verdad dio lugar a una serie de grandes formas culturales... En primer lugar, la elaboración de lo que podríamos llamar formas racionales de la prueba y la demostración: cómo producir la verdad... Estas formas son la filosofía, los sistemas racionales, los sistemas científicos. En segundo lugar... se desarrolla un arte de persuadir, de convencer a las personas sobre la verdad de lo que se dice, de obtener la victoria para la verdad o, aún más, por la verdad. Nos referimos a la retórica griega. En tercer lugar, está el desarrollo de un nuevo tipo de conocimiento: conocimiento por testimonio, recuerdos o indagación. Es éste un saber que, poco antes de Sófocles, desarrollan historiadores como Herodoto*” [FOUCAULT, Michel 2003 *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona, Gedisea) págs. 66/67].

²³ En su *Estética*, Hegel dice que “*El pathos de Antígona, la mujer, es el interés de la familia; y el de Creonte, el hombre, es el bienestar de la comunidad... Los dioses que ella venera son los dioses inferiores del Hades... los interiores del sentimiento, del amor, de la sangre, no los dioses diurnos del pueblo libre, conscientes de sí, y de la vida del Estado. Consideramos que, contra la opinión de Hegel, para Antígona no se trata sencillamente de la defensa de los derechos sagrados de la muerte y de la familia. El nomos que sigue Antígona es, por cierto, la antigua obligación de honrar a los muertos, la cual incumbe a la familia. Mas al presentarse ese nomos como el nomos de la Diké (justicia) se ve que el problema del drama no reside simplemente en la oposición del nomos de la polis y el nomos de la antigua tradición familiar. El sentido del hecho de que Antígona obedezca al nomos de la Diké no radica en que siga un uso antiguo, contradiciendo la idea de la polis. Ella no es depositaria de la ley arcaica de la sangre, ni de la oikos frente a la polis o, en términos más actuales, de lo privado frente a lo público. Al obedecer el uso antiguo, Antígona reconoce el poder que lo funda; pero éste no es la fuerza de la sangre que une por parentesco sino la fuerza de la Diké. Lo que ella defiende contra Creonte no es el uso antiguo y el principio de la tradición familiar, sino el hecho de que la existencia de la polis está limitada por el poder trascendente de Diké como la fuente de la que emana el auténtico derecho.*”

²⁴ HUTCHINSON, Tomás 2009 *Derecho procesal administrativo* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni) T. I, págs. 265/266.

²⁵ “*La experiencia pone de resalto que a menudo no se verifica el motivo principal que se esgrime tradicionalmente para justificar dicho instituto, como es el de generar una etapa de conciliación previa al juicio y otorgar a la administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores. En efecto, lamentablemente, en la actualidad es bastante común que la administración rechace los recursos administrativos sin efectuar un estudio serio de la cuestión, desaprovechando la ocasión que ello le confiere para revisar la legitimidad y la oportunidad, cuando el recurso lo permite, de la acción administrativa*” Hutchinso, *Tratado...*, T. II, pág. 307.

lo cual, se empeña en sostener la necesidad del instituto, para el hipotético caso de que alguna vez funcione como es debido²⁶.

En otras palabras, poco importa que los hechos demuestren la completa falacia de estos argumentos. Como teóricamente es posible que en algún tan excepcional cuan teórico caso esta instancia de conciliación, revisión y control llegue a vivir más allá de la pluma del autor; entonces hay que desentenderse de la realidad y perseguir a la carrera la eternamente lejana línea del horizonte. Este tipo de razonamiento, aún dentro de los periclitados límites de la dogmática jurídica²⁷, es inaceptable²⁸.

En relación a cuarto fundamento (facilitar la tarea jurisdiccional al llevar ante los estrados una controversia ya planteada), amén de su miseria²⁹, solamente podría ser de recibo si retrocedemos a periclitados estadios de nuestra ciencia en los que se seguía sosteniendo fanáticamente el principio de congruencia entre lo peticionado en sede administrativa y lo demandado en sede judicial, materia que códigos modernos como el contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 12.008, modificado parcialmente por Ley N° 12.310) ha dejado completamente de lado al sentar que la jurisdicción de los Tribunales Contencioso Administrativos se extiende al conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos regidos por el derecho administrativo³⁰

Luego, si es nuestro cometido la elaboración de un nuevo código procesal administrativo ¿qué tan novedoso será si nos dedicamos a exhumar postulados definitivamente obsoletos?

El quinto argumento, sencillamente, no se hace cargo del reconocimiento procesal de los beneficios de litigar sin gastos; por lo que no merece mayor atención.

Finalmente, sólo un cabal *desconocimiento* de la praxis procedimental y procesal administrativa puede creer que es norma, en las causas que verdaderamente requieran un análisis jurídico, que los accionantes omitan consideraciones en los reclamos administrativos que plasmarán en los –por definición- necesarias acciones judiciales. Y aún admitiendo esta improbable hipótesis, lo único que el juez verdaderamente precisa es una exposición de los

²⁶ *Tratado...* T.II, pág. 309.

²⁷ Ver SUPLOT, Alain 2008 *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho* (Buenos Aires, Siglo XXI).

²⁸ “...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” BIX, Brian 2006 *Teoría del derecho: ambición y límites* (Barcelona, Marcial Pons) pág. 38. En sentido opuesto al que proponemos, Corvalán sostendrá que “*Quienes entiendan que la inutilidad o ineficacia en la práctica de un instituto es una circunstancia que, per se, habilita a abolir esta categoría, disientirán con nuestra conclusión final. Incluso, 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 institución*”. CORVALÁN, Juan Gustavo “Agotamiento de la vía administrativa vs. tutela judicial efectiva (hacia una modulación razonable del acceso a la justicia)” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (México D.F., U.N.A.M.) Nueva Serie, año XLV, Núm. 135 – septiembre/diciembre de 2012- pág. 1116. Creemos que el argumento expuesto por este autor, por estar tan centrado en un etéreo mundo ideal (lo que no deja de ser llamativo, habida cuenta de que en ese mismo trabajo se cita el estupendo trabajo de Supiot), se desentiende por completo de que, tal como lo ha sostenido la Corte, el derecho es antes que nada experiencia; no especulación de segunda escolástica.

²⁹ Nunca será suficientemente prolija la insistencia, pero quienes formamos parte del poder judicial lo hacemos de manera voluntaria, no coactiva. La única obligación que ineludiblemente poseemos es la de brindar lo mejor de nosotros para que, finalmente, cada uno pueda recibir lo suyo. Por el contrario, el justiciable es, por definición, una persona que no ha decidido libremente la privación o menoscabo de sus derechos. Es por ello que es manifiestamente inadmisibles invocar amaneradas razones de comodidad o practicidad en la realización de nuestras funciones como ariete contra el acceso a la jurisdicción de la ciudadanía. Y si tal trance no nos gusta, pues la renuncia siempre es una opción.

³⁰ Ampliar en PERRINO, Pablo E. “Las pretensiones procesales en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, en ED-180-878.

hechos que fundan la demanda, pues a él le compete el análisis jurídico. ¿O es que la doctrina que criticamos acaso pretende derogar el principio *iura novit curia*?

No mejora la suerte de la defensa de este obstáculo al acceso a la jurisdicción la invocación de nuestra Constitución Provincial.

Detengámonos en lo que al respecto dice nuestro texto: “*Toda persona o el Estado afectado por una resolución definitiva de los poderes públicos, municipalidades o reparticiones autárquicas de la Provincia, en la cual se vulnere un interés legítimo, un derecho de carácter administrativo establecido en su favor por ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución anterior, podrá promover acción contencioso administrativa y las demás acciones que prevea el código en la materia.*” (art. 26, primer párrafo, Constitución Chaqueña).

Huelga señalarlo, la doctrina especializada enseña que las palabras que emplea la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el Constituyente quiso referirse a su sentido legal y técnico³¹.

Luego, ¿acaso la Constitución exige algo tan severo como el agotamiento de la instancia administrativa? Si la respuesta va a ser afirmativa, con fundamento en el giro “resolución definitiva”, entonces hasta podría llegarse a sostener que nuestro fuero jamás quedaría en los casos de silencio administrativo (no hace falta decir que el silencio es la *ausencia de acto*). Luego, si se pretende sostener el andamio constitucional de la necesidad de agotar la vía administrativa, pues tendremos que pedirle a los justiciables que del algún modo (desde un amparo por mora hasta las poco decentes vías de hecho) logren que la administración haga lo que casi nunca hace.

En puridad, lo más que se puede hacer decir a la Constitución es que el ciudadano *intente* lograr una resolución definitiva, y para ello bastará con que inicie un reclamo administrativo; no que haga uso de toda una artillería de recursos frente a una administración que la más de las veces rinde un innecesario y ofensivo tributo a la célebre pieza “Esperando a Godot” de Samuel Beckett.

Por último, y citando nuevamente a García de Enterría, “*Hay que decir, en todo caso, que esa reducción de inmunidades no puede ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que ha de ser el resultado de todo un vasto movimiento de lucha por el Derecho, en el que, naturalmente, no es sólo responsable, y ni siquiera quizá primariamente, el legislador. Aquí se inserta, sobre todo, la obra de la jurisprudencia, que ha comenzado ya con arrojo, debemos decir, aunque en ocasiones también con timidez y con recelo, a sacar todas las consecuencias de esa espléndida Ley*”³². Y en ese sentido cabe mencionar, solamente a título ejemplificativo, lo señalado oportunamente por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo *in re* “Lugo, Luis Ramón c/ Colegio de Bioquímicos” (Expte N° 3968/10, Sentencia N° 382 del 02 de agosto de 2012): “*“...Desde los albores de la organización constitucional argentina la inviolabilidad de la defensa en juicio de a persona y los derechos ocupa el centro del catálogo de derechos fundamentales (art 18) lo que se vio enriquecido como consecuencia de los diversos tratados y pactos sobre los derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc*

³¹ LINARES QUINTANA, Segundo V. 1987 *Reglas para la interpretación constitucional: según la doctrina y la jurisprudencia* (Buenos Aires, Plus Ultra); idem 1998 *Tratado de interpretación constitucional* (Buenos Aires, Abeledo Perrot), pág. 350

³² García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades...”, pág. 166.

22). *El contenido esencial de las denominadas garantías judiciales ha sido expresamente extendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento administrativo en el caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) v Panamá de 2-2-2011 al señalar que: "... si bien el art. 8 convención Americana, se titula "garantía judicial", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas este en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional debe respetar el debido proceso legal..." En la observancia de estos principios se juega la efectividad de la tutela judicial efectiva también la tutela administrativa efectiva que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia- a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competente y obtener de ella sentencia decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (FALLOS 310:276 y 937; 311:208) y que requiere por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudiere eventualmente asistirle sino por medio de un proceso o procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia o decisión fundada (FALLOS 310.1819)."*

De ningún modo puede considerarse que este es un precedente aislado, puesto que después de más de dos años de trabajar en el fuero contencioso administrativo jamás hemos dado (situación que a nuestro entender honra al fuero) con una Sentencia de Cámara que de favorable acogida al instituto que sometemos a crítica.

En definitiva, si el proyecto que vamos a presentar va a seguir insuflando existencia a esta capitidusminución del ciudadano en administrado, que sea por inconfesadas motivaciones del hemiciclo provincial, pero solamente por ello.