

La inconstitucionalidad de la “jurisdicción administrativa primaria”

The Unconstitutionality of “Primary Administrative Jurisdiction”

*Joan Constant**

Resumen

El trabajo comienza definiendo el concepto de poder jurisdiccional. Define al concepto como una potestad que tiene únicamente el Poder Judicial. Luego, introduce la discusión sobre la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se arrogue facultades jurisdiccionales. Menciona las cuatro posturas posibles que pueden tomarse respecto a eso. Introducido el tema, el ensayo analiza la jurisprudencia argentina. Concluye en que la teoría de la “jurisdicción administrativa primaria” fue la que adoptó la Corte Suprema por primera vez en el fallo Fernández Arias c/Poggio. El trabajo plantea una postura diametralmente opuesta a la adoptada por la Corte y plantea diversos argumentos constitucionales en contra de su legitimidad. Comienza planteando argumentos constitucionales a favor de la prohibición tajante de la jurisdicción administrativa. Seguido a eso, menciona argumentos relacionados a las garantías procesales. Por último, analiza la practicidad de la teoría que critica.

Palabras clave: jurisdicción administrativa primaria — Estrada — Fernández Arias c. Poggio — control judicial — inconstitucionalidad — garantía de doble instancia — juez natural.

Abstract

The paper begins by defining the concept of jurisdictional power, describing it as a prerogative exclusive to the Judiciary. It then introduces the discussion about the possibility of the Executive Branch assuming jurisdictional powers and presents the four possible stances on the matter. Once the topic is introduced, the paper analyzes Argentine jurisprudence. It concludes that the theory of "primary administrative jurisdiction" was first adopted by the Supreme Court in the Fernández Arias v. Poggio case. The paper takes a position diametrically opposed to that of the Court and presents various constitutional arguments against its legitimacy. It starts by

* Estudiante de abogacía de la Universidad de San Andrés, cuarto año.

presenting constitutional arguments in favor of a categorical prohibition of administrative jurisdiction. Following that, it mentions arguments related to procedural guarantees. Finally, it analyzes the practicality of the theory under scrutiny.

Key words: Primary administrative jurisdiction — Estrada — Fernández Arias v. Poggio — judicial control — unconstitutionality — double instance guarantee — natural judge.

I. Introducción

El siguiente trabajo expondrá una crítica, desde la perspectiva constitucional, a la doctrina que recepta la idea de la “jurisdicción administrativa primaria”. Esta tesis fue adoptada por la Corte Suprema por primera vez en el fallo Fernández Arias c/Poggio y ratificada en el fallo Ángel Estrada. El ensayo se limitará a analizar los argumentos de la Corte en estos dos casos, ya que son los más importantes en cuanto a la jurisdicción administrativa y son los que condicionaron las soluciones de la Corte en los casos siguientes.

Mi objetivo es demostrar con claridad cómo es que esta doctrina viola los principios básicos que recepta nuestra Constitución Nacional, sus normas en particular y los derechos fundamentales de las personas. Por otro lado, expondré razones prácticas que dejarán ver cómo es que la doctrina de la Corte no puede siquiera respetar sus propios principios.

Para lograr esto, comenzaré explicando qué debe entenderse por función jurisdiccional y llegaré a una definición del concepto. Luego, introduciré el tema principal de este trabajo, mencionaré las distintas posturas y expondré sus problemáticas e interrogantes. Seguido de ello, explicaré cómo es que la postura de la jurisdicción administrativa primaria fue adoptada por la jurisprudencia. Finalmente, desarrollaré mis críticas a dicha doctrina, desde el plano constitucional hasta el plano de la práctica.

II. Definición de la función jurisdiccional

Este trabajo recepta la idea de que lo propio de la función jurisdiccional es el carácter *definitivo* de la decisión y que tal decisión sea imparcial. Esta última característica nace del derecho de defensa en juicio, expresado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Solo los tribunales pertenecientes al Poder Judicial gozan de dicha función, ya que son los que pueden tomar las decisiones definitivas sobre los conflictos (art. 116 de la Constitución Nacional) y tienen una obligación de ser imparciales (art. 75, inc. 22 y art. 18 de la Constitución Nacional).

La definición anterior implica que no ejercen función jurisdiccional aquellas decisiones que se tomen de manera jerárquica e internamente en los órganos administrativos. Tal como explica Gordillo, esa actividad “no ejerce en ningún caso

función jurisdiccional, en tanto no se instituyan en el sistema tribunales administrativos realmente imparciales e independientes”.² Por lo tanto, ni el Poder Legislativo, ni el Poder Ejecutivo ejercen una función jurisdiccional.

Esta determinación es uno de los principios fundamentales del sistema de separación de poderes, de frenos y contrapesos, que la Argentina adoptó del modelo estadounidense.³ El Poder Judicial, “al ser políticamente el más débil de los órganos gubernamentales, requiere de una mayor protección constitucional para preservar el equilibrio entre ellos evitando su subordinación a los órganos ejecutivo y legislativo”.⁴

Tal como explica el profesor Badeni, “el órgano judicial aparece revestido de una fortaleza singular que le permite ejercer su actividad jurisdiccional en una doble dirección”.⁵ Por un lado, se encarga en resolver los conflictos entre los particulares mediante la aplicación de la ley. Por otro lado, ejerce el control de constitucionalidad en cada caso en concreto, verificando que las leyes creadas por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se adecuen a los principios de la Constitución Nacional.

III. La actividad jurisdiccional del Estado

Se entiende a la jurisdicción administrativa como la potestad de ciertas autoridades administrativas de resolver con efectos jurisdiccionales, controversias en asuntos relacionados con una materia en específico.⁶ Esta cuestión ha sido ampliamente discutida en la doctrina y generó diversas posturas respecto a la posibilidad y el alcance del instituto. Esta temática es controvertida porque plantea que la facultad más importante que tiene el Poder Judicial puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo. A continuación, explicaré brevemente las cuatro posturas principales respecto de la admisibilidad de esta cuestión.

Primeramente, se encuentra la postura que sostiene que el ejercicio de jurisdicción administrativa por parte de la autoridad competente solo admite revisión jurisdiccional

² Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, T. I, ed. Mario Rejtman Farah (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), p. 217.

³ Manuel García Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006) pp. 3-14

⁴ Gregorio Badeni, *Tratado de derecho constitucional*, T. 2, 2da ed. (Buenos Aires: La Ley, 2006), p. 1742

⁵ Gregorio Badeni, *Tratado de derecho constitucional*, p. 1742

⁶ Lo explicado en este acápite puede encontrarse en Federico M. Egea y Pablo Á. Gutiérrez Colantuono, “Especialidad y tutela judicial efectiva en Neuquén. El fallo González”, *LLPatagonia*, TR LALEY AR/DOC/3282/2006, p. 2.

mediante remedio extraordinario. Entonces, la revisión de la sentencia del ente administrativo solo puede realizarse respecto de las cuestiones de derecho en el caso. Es una postura que fue descartada por la Corte en el fallo Fernández Arias c/Poggio.⁷

La segunda postura le reconoce potestad a ciertos órganos administrativos para dictar decisiones que ostenten carácter jurisdiccional, pero siempre y cuando aquellas no reúnan el carácter de *cosa juzgada* y puedan ser revisadas en instancia ordinaria, con revisión amplia de los hechos y del derecho.

Esta es la postura tomada por el jurista Bosch, que critica a la primera postura de la siguiente forma:

[a]unque se trate siempre de dos poderes distintos, existe entonces una continuidad funcional a la que ambos contribuyen, un solo proceso contra la administración que inicia ante esta y termina ante los tribunales; y como lógica consecuencia de tratarse de 'un solo proceso' iniciado ya ante la administración, la impugnación judicial de la decisión administrativa no se haría por vía de acción o curso ordinario, sino por vía de 'recurso', en el sentido muy restringido de que 'no se concibe sino en el proceso', 'debe considerarse como un derivado de la acción', 'como un complemento', de ella, 'como un poder jurídico que nace en el proceso y no tiene vida sino dentro de él'.⁸ (el destacado me pertenece)

Lo que se deduce de la cita es que la jurisdicción administrativa y la judicial deben entenderse conjuntamente, sin que la primera prevalezca sobre la segunda. De este modo, la primera decisión tomada por el órgano administrativo no obtiene el carácter de cosa juzgada, debido a que contra ella todavía se mantiene la acción judicial. La diferencia con la primera postura está en el grado de poder que se otorga a la decisión tomada por el ente administrativo. Sin embargo, ambas reconocen la posibilidad de que el ente tome decisiones jurisdiccionales.

La tercera postura sostiene que los órganos administrativos no cuentan, ni pueden legalmente contar con potestades jurisdiccionales, puesto que eso va en contra de lo expresado en el art. 109 de la Constitución Nacional. Esta norma veda completamente la posibilidad al Poder Ejecutivo de arrogarse funciones jurisdiccionales. Es la postura que

⁷ C.S.J.N., "Fernández Arias, Elena c/Poggio, José s/sucesión", 19/9/1960, *Fallos* 247:652. Disponible en: sj.csjn.gov.ar.

⁸ Jorge Tristan Bosch, *¿Tribunales judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?*, (Buenos Aires: Zavalía, 1951), p. 105.

sostengo y por la que argumentaré a favor, luego de explicar la jurisprudencia que ha tomado la Corte.

Finalmente, se encuentra la cuarta postura que admite la llamada jurisdicción primaria administrativa ante el ente regulador o agencia, y una segunda jurisdicción ante el órgano judicial de alzada. Esta postura busca brindarle una mayor celeridad al proceso judicial, y reconoce la particularidad de los temas que se discuten en instancia administrativa, por lo que prefiere que sea el propio ente el que resuelva los conflictos entre las partes. Esta visión es la que ha incorporado la Corte a través de su jurisprudencia, comenzando por el fallo *Fernández c/Poggio*. Me abocaré a ella en el siguiente acápite.

IV. La jurisprudencia y la postura tomada por la corte

Tal como mencioné anteriormente, la postura doctrinaria que tomó la Corte es la jurisdicción primaria administrativa. Esta visión fue adoptada por primera vez en el fallo *Fernández Arias c/Poggio* y luego fue ratificada y desarrollada en el fallo *Ángel Estrada*.⁹ A continuación, expondré los argumentos que sostuvo la Corte a favor de esta postura y los explicaré.

A. El fallo *Fernández Arias c/Poggio*

El caso se origina por un conflicto entre el señor *Fernández Arias* y el señor *Poggio*, en el cual se condenó a este último a entregar un predio en cuestión. El condenado llegó a la Corte Suprema mediante recurso de queja e impugnó la constitucionalidad de las Leyes Nro. 13.246, 13.897 y 14.451 que habían creado diversos órganos administrativos que gozaban de facultades jurisdiccionales. El argumento de *Poggio* fue que dichas leyes violaban el art. 109 (en ese entonces, art. 95) de la Constitución Nacional.

La solución última de la Corte no resulta relevante para mi análisis, lo que interesa son sus fundamentos. Si bien se declararon inconstitucionales estas normas, la Corte Suprema expresó que

es compatible con la Ley Fundamental la creación de órganos, procedimientos y jurisdicciones especiales -de índole administrativa- destinados a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la Administración.¹⁰

⁹ CSJN. “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos”, 5/4/2005, *Fallos* 328:651.

¹⁰ CSJN, “*Fernández Arias c/Poggio*”, considerando 9

Luego aclaró que

la validez de los procedimientos hallábase supeditado al requisito de que las leyes pertinentes dejaran expedita la instancia judicial posterior (...) estimándose imprescindible el otorgamiento de ‘recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial’, en la inteligencia de que, a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente ‘con los derechos y garantías constitucionales’.¹¹

De este modo, la Corte reconoció la “jurisdicción administrativa primaria”. Dicho reconocimiento fue aceptado bajo dos requisitos: “a) que no se trate de controversias entre particulares regidas por el derecho común; y b) que la revisión final de lo resuelto se atribuya a los jueces con amplitud de debate y prueba”.¹²

Asimismo, la doctrina expresada por este fallo considera múltiples circunstancias. Estas serían: la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo.¹³

B. El fallo Ángel Estrada

El fallo que voy a desarrollar a continuación ha sido visto con buen ojo en la doctrina. Se ha entendido como un salto en la jurisprudencia a favor de los derechos de los particulares y una limitación a las facultades del Estado.

En el caso, lo que se intenta determinar (y que es el punto relevante en este trabajo) es si el Ente Nacional Regulador de la Electricidad tiene facultades para resolver el reclamo de daños y perjuicios interpuesto por Ángel Estrada y Cía. S.A. La Secretaría de Energía se agravió de la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, que resolvió devolver las actuaciones al ente regulador para que cuantifique los daños correspondientes. Asimismo, alegó que la competencia atribuida por la Ley Nro. 24.065 al ente regulador se limitaba exclusivamente a la determinación de la existencia de un incumplimiento contractual y a la imposición de las sanciones establecidas en el contrato respectivo. La Secretaria sostuvo que la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios reclamados por el usuario constituyen materia

¹¹ CSJN, “Fernández Arias c/Poggio”, considerando 17.

¹² Juan Carlos Cassagne, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso ‘Ángel Estrada’)”, (junio 2005), disponible en <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones.asp>, p. 8.

¹³ Héctor A. Mairal, “El control judicial suficiente”, en *Control Judicial de la Administración Pública* (Buenos Aires: La Ley, 2022), p. 749.

ajena a la jurisdicción del ente y que, al estar regida por el derecho privado, compete a los jueces ordinarios.

Lo relevante de los hechos del caso es que la Secretaría de Energía no exigió la inconstitucionalidad del art. 72 de la ley 24.065, ni expresó que el ente no podía ejercer funciones jurisdiccionales, sino que entendió que no correspondía la facultad jurisdiccional en este caso en particular. La norma en cuestión dice:

[t]oda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y *obligatoria a la jurisdicción del ente*. Es *facultativo* para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente.¹⁴ (el destacado me pertenece).

Nótese que la norma establece la obligatoria jurisdicción del ente en los casos en que la controversia se suscite “entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad”. Es decir, se requiere a estos actores que diriman la cuestión al ente regulatorio de forma obligatoria antes de recurrir a un tribunal judicial. En contracara, establece la facultad de los usuarios y los terceros interesados el someterse a la jurisdicción del ente regulador.

Esta norma también debe ser leída conforme a lo que establece el art. 76 de la misma ley, que dice:

[l]as resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa *procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*.¹⁵ (el destacado me pertenece).

Como se puede ver, el sistema de resolución de conflictos es el de jurisdicción administrativa primaria. Se establece una jurisdicción obligatoria para ciertos actores y, por otro lado, establece la sola posibilidad de recurrir la decisión ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

¹⁴ Ley 24.065, Régimen de Energía Eléctrica, B.O. 16/01/1992, art. 72

¹⁵ Ley 24.065, Régimen de Energía Eléctrica, B.O. 16/01/1992, art. 76

La Corte discutió esta cuestión en los considerandos 11 a 14 del fallo. En este aspecto, expresó

[q]ue el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, basado en el texto del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 (...) *prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales*.¹⁶ (el destacado me pertenece).

Seguido de esto, aclaró que

[t]ales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares *hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos* (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial *amplio y suficiente*.¹⁷ (el destacado me pertenece).

Como se puede ver, la Corte desarrolla más a fondo lo que estableció en el fallo Fernández c/Poggio y suma ciertos requisitos a la jurisdicción administrativa primaria. Un punto para destacar es que la Corte hace énfasis en que el control judicial sea amplio y suficiente. Esto parecería ser un acercamiento a la posición interpretativa de Bosch, con relación a la posibilidad de impugnar mediante recurso las decisiones de los órganos administrativos. En este sentido, parecería que la Corte adopta la postura de que los tribunales que revisen la decisión del ente no deben verse limitados respecto de las cuestiones procesales que establezca el recurso utilizado y puedan decidir de forma amplia la controversia. Por otro lado, expresa que los organismos que dicten estas resoluciones hayan sido creados por ley y que su independencia e imparcialidad estén aseguradas.

De esta forma, se estableció la constitucionalidad de este tipo de normas siempre que:

a) los organismos de la Administración dotados con jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley; b) su independencia e imparcialidad estén aseguradas; c) el objetivo económico y político tenido en cuenta para crearlos haya sido razonable; y d) que sus decisiones estén sujetas a un control amplio y suficiente.¹⁸

¹⁶ CSJN, “Ángel Estrada”, considerando 12.

¹⁷ CSJN, “Ángel Estrada”, considerando 12.

¹⁸ Cassagne, “Las facultades jurisdiccionales”, p. 9.

V. La inconstitucionalidad de la jurisdicción administrativa. Mi postura

Como adelanté anteriormente, sostengo que la actividad jurisdiccional del Estado no puede darse en ningún caso.

Los fundamentos de mi postura surgen del texto constitucional, las garantías al debido proceso, el principio de división de poderes, el derecho a la doble revisión de la sentencia y la práctica jurídica.

A. Los argumentos constitucionales

Para empezar, la posibilidad de que el Estado ejerza funciones jurisdiccionales queda totalmente vedada por el sistema que adopta la Constitución Nacional. Este es el sistema de división de poderes, con frenos y contrapesos, cuyos principios básicos fueron copiados del sistema estadounidense.¹⁹ Es contrario a este sistema que se quite la principal función del Poder Judicial y le sea otorgada al Poder Ejecutivo.

Tal como mencionaron los jueces Boffi Boggero y Aberastury en *Fernández c/Poggio*,

en la evolución histórico-institucional de la República, el Poder Ejecutivo asumió funciones típicamente judiciales en diferentes momentos y sitios, sea en el periodo anterior a 1853, fuere, aún y al margen de normas constitucionales, en el periodo ulterior a ese año, siendo de extremado interés público, entonces, delimitar con claridad la órbita de sus funciones con arreglo a las normas que rigen.²⁰

Recordemos que la única potestad que tiene el Poder Judicial respecto de los otros dos poderes es la jurisdiccional, por lo que quitarle dicha función viola el principio de separación de poderes.

Por si esto no fuese suficiente, el art. 109 prohíbe expresamente el otorgamiento de esta función al Poder Ejecutivo. Dicho artículo establece: “*en ningún caso* el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas” (el destacado me pertenece). Esto debe leerse a la luz del art. 99, inc. 1, que establece que el presidente “es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y *responsable político de la administración general del país*” (el destacado me pertenece). Nótese que la norma contiene la frase “en ningún caso”, que

¹⁹ Mansilla y Ramírez Calvo, *Las Fuentes de la Constitución*, p. 4-14

²⁰ CSJN, “*Fernández c/Poggio*”, considerando 4 del voto en disidencia.

significa que nunca, ni siquiera como etapa previa con posterior revisión, ya sea amplia o restringida, el Poder Ejecutivo puede arrogarse facultades jurisdiccionales. Ni siquiera puede suplirse esta contradicción si se entendiera que la jurisdicción administrativa solo debe ser ejercida de forma primaria, a control de una posterior revisión, ya que la norma prohíbe “arrogarse el conocimiento de causas pendientes”.

Asimismo, nuestros padres fundadores han reiterado dicha prohibición en el art. 23, expresando que, incluso cuando se declarase el estado de sitio, “no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas”. Entonces, ¿cómo puede concluirse que un ente administrativo está facultado para ejercer funciones jurisdiccionales regularmente, si ni siquiera está autorizado a hacerlo durante un estado de sitio? No se puede llegar a esta conclusión sin incurrir en una contradicción insalvable.

Por otro lado, el art. 29 contiene una prohibición general a que el Poder Ejecutivo pueda ejercer “facultades extraordinarias” y que se le otorgue “la suma del poder público”. Recordemos que este concepto está compuesto por la facultad de juzgar, legislar y ejecutar. Con permitirse que uno de los poderes ejerza dos facultades, este ya obtendrá la suma del poder público.

B. La violación a las garantías procesales

No hay que olvidar que la prohibición expresa en el art. 109 está ligada al art. 18, que confiere el derecho a exigir un proceso legal con jueces naturales. Este derecho consiste en que el juez se designe únicamente en función del territorio y la materia y, bajo ningún concepto, en función de una de las partes. La misma garantía prohíbe que las personas sean juzgadas por comisiones especiales y que se apliquen sanciones sin previo proceso judicial. Este concepto “es amplio y comprensivo no solamente de todo funcionario ajeno al Poder Judicial y dotado de funciones jurisdiccionales, sino también de aquellos organismos designados por el Congreso o el órgano ejecutivo”.²¹ La propia Corte ha considerado que los funcionarios públicos no son asimilables a los jueces, al entender que pueden serle reducidos sus salarios legítimamente, sin ir en contra de lo establecido en el art. 110 de la Constitución Nacional.²² Dicha afirmación sugiere la imposibilidad de que

²¹ Badeni, *Tratado de derecho constitucional*, p. 1748.

²² CSJN, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo nacional s/empleo público”, 2/6/2000, *Fallos* 323:1566, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4865981>, considerando 15.

los funcionarios administrativos sean independientes. Tal como menciona Zayat, “sus jueces no tienen las garantías de estabilidad e intangibilidad de remuneración. Sin estas garantías, es imposible sostener su independencia”.²³ La doctrina criticada intenta replicar el sistema adoptado por EE. UU., sin tener en cuenta las importantes dependencias que tienen los funcionarios de los entes administrativos con el Poder Ejecutivo en Argentina.²⁴

Sumado a esto, la propia forma en que está ideado el sistema propuesto por la doctrina mayoritaria viola las garantías procesales de los individuos. Podemos ver que en el art. 76 de la ley 24.060 se establece que aquellos que estén obligados o que decidan dirimir su conflicto en los entes administrativos, deberán recurrir las resoluciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. La norma no es compatible con el derecho a la doble instancia que establece el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La propia teoría que recepta la jurisprudencia es contradictoria con los principios que intenta proteger, ya que solo permite que el afectado acceda a una única instancia judicial. La Corte aceptó esta consecuencia al decir en el fallo Fernández c/Poggio que “puede afirmarse, por tanto, que aun cuando el art. 18 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que *sí impone una instancia judicial al menos*”,²⁵ (el destacado me pertenece). Si bien se suele entender que la garantía de doble instancia rige solo para juicios en materia penal, existen razones para invocarla. El primer motivo es que la Corte la invocó luego en el fallo Estrada para argumentar a favor de que exista revisión del tribunal de alzada sobre la decisión tomada por el órgano administrativo. El segundo motivo es porque, en muchos casos, existen ‘sanciones penales administrativas’ que se aplican a ciertas conductas, por lo que la garantía de doble instancia debe verificarse.

Otro problema que se manifiesta en el sistema de jurisdicción administrativa primaria es que acepta la posibilidad de que el órgano administrativo conteste o recurra contra la apelación solicitada por la contraparte. Lo contradictorio de tal posibilidad es manifiesto: ¿cómo es posible que quien decidió anteriormente forme parte del proceso luego? En palabras del jurista Ekmekdjian, esto “es tan absurdo como si un juez de primera instancia

²³ Demián Zayat, “En torno al Derecho a la Protección Judicial”, en Mary Ana Beloff (dir.), *Lecciones y Ensayos*, (Buenos Aires: La Ley, 2000), p. 118

²⁴ Este tema es desarrollado por Mairal en Mairal, *Control judicial de la administración*, pp. 836-838.

²⁵ CSJN, “Fernández c/Poggio”, considerando 9

contestara los agravios de una apelación contra de una sentencia dictada por él mismo, o bien que interpusiera un recurso extraordinario contra la sentencia del *a quem* que hubiera revocado a la suya".²⁶

C. La falsa dicotomía entre los intereses sociales y la constitución

Se han intentado contestar a estos argumentos invocando razones de celeridad y economía procesal. Se entiende que los funcionarios administrativos están mejor capacitados para decidir en estos conflictos, a diferencia de los jueces inexpertos de los juzgados ordinarios. De este modo, se lograría una mayor eficiencia en la resolución de controversias.

El argumento merece dos objeciones. En primer lugar, supongamos por un momento que esto es cierto y que efectivamente es más eficiente. Ante esto debe recordarse que "el conflicto de valores e intereses no puede resolverse afectando principios constitucionales -de la división de poderes- ni derechos personales a la defensa en juicio".²⁷ En este mismo sentido:

una cosa es interpretar normativamente de acuerdo [con el] sentido de evolución, traduciendo las nuevas y cambiantes necesidades sociales, y una muy otra el apartarse de las normas so color de adaptarlas a esas necesidades, desde que nada contraria más los intereses nacionales que la propia transgresión constitucional.²⁸

En segundo lugar, la postura contraria no argumenta concretamente en qué se basa su creencia. El supuesto desconocimiento que podría tener un juez en estas áreas sería fácilmente remediado mediante el dictamen pericial.²⁹ Sería el equivalente a decir que un juez no puede fijar la indemnización en un juicio de mala praxis por desconocer la labor médica. Sin embargo, estas y otras decisiones especializadas se resuelven a diario.

La realidad es que la única salida que ha tenido la postura adoptada por la Corte es aseverar cuestiones que ni ella misma ha verificado, como una forma de intentar ocultar la clara violación a las normas constitucionales que supone su teoría.

²⁶ Miguel Ángel Ekmekdjian, "De nuevo sobre la llamada 'jurisdicción administrativa' contravencional, el hábeas corpus y amparo de las garantías constitucionales en el proceso penal", TR LALEY AR/DOC/11098/2001, p. 2.

²⁷ María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, T. II, 4ª ed. (Buenos Aires: La Ley, 2011), p. 453.

²⁸ CSJN, "Fernández c/Poggio", considerando 5.

²⁹ Miguel Ángel Ekmekdjian, "Inconstitucionalidad del arresto por infracciones impositivas formales", TR LALEY AR/DOC/7945/2001, p. 4.

D. La practicidad del sistema

A todos estos argumentos constitucionales, se agregan argumentos de la práctica jurídica. Para exponerlos, me serviré del trabajo realizado por el profesor y jurista Miguel Ángel Ekmekdjian.³⁰ Tal como desarrolla el autor, existen diversos problemas en la etapa de apelación que no permiten una revisión “amplia y suficiente” de lo resuelto por los tribunales administrativos.

En primer lugar, en los reclamos administrativos penales no hay un fiscal, sino que es el propio instructor quien lo supe. Es decir, él será quien dicte el fallo o el dictamen en el que se basará el fallo. Se viola el principio acusatorio (art. 18 de la Constitución Nacional), ya que no existen las tres partes clásicas del proceso penal (juez, acusador y defensor). Como dice el dicho “quien tiene al juez por acusador, necesita a Dios por abogado defensor”.

En segundo lugar, existe una “heterolimitación y una autolimitación de la plenitud de la instancia judicial de revisión”.³¹ La primera proviene de algunas leyes que expresamente así lo disponen, y la segunda, de los criterios jurisprudenciales. Por ejemplo, se limita a que el recurso sea únicamente de efecto devolutivo. Esto tiene especial importancia cuando la ley que regula al ente administrativo contempla supuestos de privación a la libertad, tal como lo hace el art. 44 de la ley 11.683, que establece:

[q]uien quebrantare una clausura o violare los sellos, precintos o instrumentos que hubieran sido utilizados para hacerla efectiva, será sancionado con *arresto de DIEZ (10) a TREINTA (30) días* y con una nueva clausura por el doble de tiempo de aquélla. Son competentes para la aplicación de tales sanciones los jueces en lo penal económico de la Capital Federal o los jueces federales en el resto de la República.³² (el destacado me pertenece).

Ninguna razón de eficiencia económica o jurídica puede solventar una consecuencia tan nociva como que un organismo estatal prive de la libertad a una persona y que esta luego no pueda recurrir dicha sanción. El carácter penal de este tipo de normas no solo viola los arts. 109, 116, 23 y 1 de la Constitución Nacional, sino también los tratados internacionales incluidos en el art. 75, inc. 22.

³⁰ Toda la información que se menciona y cita en este acápite pertenece a este autor en la obra Ekmekdjian, “Inconstitucionalidad del arresto”, p. 1.

³¹ Miguel Ángel Ekmekdjian, *Manual de la Constitución Argentina*, 4ª ed., (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999), p. 328

³² Ley Nro. 11.683, “Procedimiento Fiscal”, B.O. 13/7/98

Por otro lado, tal como sucedió en el fallo Ángel Estrada, la mayoría de los jueces (que tienen a cargo la revisión amplia y suficiente del caso) se autolimitan y no establecen el quantum de las sanciones aplicadas, dejando que sea la administración la encargada de determinarlas. En este sentido, “confunden aquí la función administrativa del Poder Ejecutivo con la jurisdiccional, en la cual no se puede siquiera invocar una ‘reserva de la administración’, ya que ha sido detraída al Poder Judicial”.³³

VI. Conclusión

En conclusión, las facultades jurisdiccionales que se ha arrogado el Poder Ejecutivo en la Argentina han sido aceptadas mediante una interpretación forzosa y contraria a los principios básicos de la Constitución. Las prohibiciones tajantes que han expresado nuestros constituyentes en la Carta Magna han intentado ser sorteadas por la doctrina mayoritaria, al invocar razones de bienestar social. Este tipo de tesis que sacrifican la letra de la Constitución Nacional cada vez obtienen mayores seguidores, con el pretexto de obtener un mayor beneficio para la comunidad.

En este trabajo se ha podido demostrar que, a pesar de sus insistentes esfuerzos, la doctrina mayoritaria no puede resolver las contradicciones que su tesis mantiene con nuestro ordenamiento jurídico. La llamada jurisdicción administrativa primaria viola las normas básicas de nuestra Constitución y ni siquiera puede generar el mayor bienestar social por el que tanto aboga.

Teniendo en cuenta la cantidad de facultades que se ha arrogado el Poder Ejecutivo en las últimas décadas de la Argentina, de forma contraria a la Constitución Nacional, no podemos permitir que también se arrogue la facultad jurisdiccional. La Constitución debe limitar el poder de nuestros gobernantes, no aseverarlo.

En palabras de James Madison, “la acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía”.³⁴

³³ *Ibidem*.

³⁴ James Madison, “El Federalista XXX”, en *El Federalista*, recuperado en <https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>, p. 118.

Bibliografía

- Badeni, Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*, T. 2, 2da ed. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- Bosch, Jorge Tristan. *¿Tribunales judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?* Buenos Aires: Zavalia, 1951.
- Cassagne, Juan Carlos. “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso ‘Ángel Estrada’)”. Junio 2005. Disponible en <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones.asp>.
- Egea, Federico M. y Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. “Especialidad y tutela judicial efectiva en Neuquén. El fallo González”. En *LLPatagonia*, TR LALEY AR/DOC/3282/2006 (2006).
- Ekmekdjian, Miguel Ángel. “De nuevo sobre la llamada ‘jurisdicción administrativa’ contravencional, el hábeas corpus y amparo de las garantías constitucionales en el proceso penal”. TR LALEY AR/DOC/11098/2001.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel. “Inconstitucionalidad del arresto por infracciones impositivas formales”. TR LALEY AR/DOC/7945/2001.
- García Mansilla, Manuel y Ramírez Calvo, Ricardo. *Las fuentes de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.
- Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, T. II, 4ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Editado por Mario Rejtman Farah. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.
- Mairal, Héctor A. “El control judicial suficiente”. En *Control Judicial de la Administración Pública*. Buenos Aires: La Ley, 2022.
- Madison, James. “El Federalista XXX”. En *El Federalista*. Recuperado en <https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>.

Zayat, Demián. "En torno al Derecho a la Protección Judicial". En *Lecciones y Ensayos*, pp. 111-129. Buenos Aires: La Ley, 2000.