
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 7	n. 30	p. 1-254	out./dez. 2007
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)

Alice Gonzáles Borges (Brasil)

Antonello Tarzia (Itália)

Carlos Ari Sundfeld (Brasil)

Carlos Ayres Britto (Brasil)

Carlos Delpiazzo (Uruguai)

Cármem Lúcia Antunes Rocha (Brasil)

Celso Antônio Bandeira de Mello

(Brasil)

Clémerson Merlin Clève (Brasil)

Clóvis Beznos (Brasil)

Enrique Silva Cimma (Chile)

Eros Roberto Grau (Brasil)

Fabício Motta (Brasil)

Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam*

(Argentina)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam*
(Argentina)

José Carlos Abraão (Brasil)

José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)

José Luís Said (Argentina)

José Mario Serrate Paz (Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)

Juarez Freitas (Brasil)

Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam*

(Argentina)

Luis Enrique Chase Plate (Paraguai)

Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho -

in memoriam (Brasil)

Marçal Justen Filho (Brasil)

Marcelo Figueiredo (Brasil)

Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)

Nelson Figueiredo (Brasil)

Odilon Borges Junior (Brasil)

Pascual Caiella (Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)

Paulo Henrique Blasi (Brasil)

Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam*

(Brasil)

Paulo Ricardo Schier (Brasil)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)

Rogério Gesta Leal (Brasil)

Rolando Pantoja Bauzá (Chile)

Sérgio Ferraz (Brasil)

Valmir Pontes Filho (Brasil)

Yara Stropa (Brasil)

Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2007

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Revisora: Bárbara Christiane
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Marcelo Belício
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva -
CRB 2459 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

Nuevas perspectivas del derecho administrativo. La ejecutoriedad del acto administrativo como regla general: necesidad de un cambio de rumbo

Mariano Lucas Cordeiro

Abogado. Profesor de la materia Elementos de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, y de la asignatura Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador.

Palabras clave: Derecho administrativo. Ejecutoriedad del acto administrativo. Derecho argentino. Derecho en constante evolución.

Índice: **1** Introducción - **2** La ejecutoriedad del acto administrativo prevista como regla general en la legislación Argentina - **2.a** La presunción de legitimidad - **2.b** La ejecutoriedad - **3** La utilidad práctica del principio general - **4** Autotutela y equilibrio de poderes - **5** El efecto no suspensivo de los recursos - **6** El impacto de los tratados internacionales - **7** La necesidad de un cambio de rumbo - **8** Conclusiones

1 Introducción

En primer lugar, quiero agradecer a los organizadores de este evento, por la magnífica oportunidad que me han regalado de estar hoy entre todos ustedes, hablando de cuestiones que me resultan tan gratas como son las nuevas perspectivas del derecho administrativo.

Referirme a las nuevas perspectivas del derecho administrativo, obliga a partir de una condición, propia y característica de esta rama del derecho público, que la identifica como *ius in fieri*. Es decir, un derecho en constante evolución.

Es que, como se ha señalado “el derecho administrativo está en plena formación, en plena evolución. Como ciencia hállase en construcción. Esto se advierte examinando cualquiera de sus instituciones fundamentales, por ejemplo, el servicio público, el dominio público, etcétera, cuyas nociones conceptuales y principios correlativos han sufrido profundas transformaciones desde un tiempo a esta parte. Todo eso exprésase diciendo que este derecho es un derecho *in fieri*”.¹

¹ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, T.I, Lexis n° 2202/001085. En el mismo sentido, este autor cita a Jean Rivero: *Droit administratif*, París, n. 25, p. 27,

En efecto, el derecho administrativo tiene el desafío permanente de mantenerse actualizado, tanto para brindar herramientas aptas y eficaces a las autoridades administrativas para procurar el bien común, como para que los administrados dispongan de mejores y más útiles mecanismos, ya sea para reaccionar ante comportamientos antijurídicos, como para participar activamente en la elaboración de las decisiones de la Administración.

Siendo esto así, un mayor análisis de la realidad administrativa, de la práctica cotidiana, resulta indispensable, en tanto tal realidad no sólo se halla sujeta al Derecho, sino que también lo conforma o impregna.²

Y allí también reposa una decisión estratégica, cual es la de precisar qué institutos propios del derecho administrativo requieren de una nueva visión para estar a la altura que la actualidad jurídica les exige.

Y en este cometido, voy a dedicarme en estos breves minutos que dispongo, a analizar la ejecutoriedad del acto administrativo, prevista como regla general en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica.³ Y detenerme, en particular, en el principal efecto que se ha hecho derivar de ese carácter o principio general: el efecto no suspensivo de los recursos administrativos.

2 La ejecutoriedad del acto administrativo prevista como regla general en la legislación Argentina

El sistema vigente en la República Argentina, instituido por la ley 19.549 (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en adelante LNPA) en su art. 12, establece, como regla general, la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad de los actos administrativos.⁴

1962, quien, refiriéndose a esta cuestión, dice que "el derecho administrativo es un derecho joven". Otros autores expresan la misma idea diciendo que tratase de un *jus novum*. Sobre este punto, escribe John Clarke Adams: "Entre las ramas importantes del derecho positivo moderno, el derecho administrativo es la más joven. Tiene tal vez cien años de vida en Italia, un poco más en Francia y unos cincuenta años en los Estados Unidos y en Inglaterra" (*El derecho administrativo norteamericano*. Buenos Aires: Eudebap. 1964, p. 21).

² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: INAP: Marcial Pons, 2003. p. 13.

³ Ver, por ejemplo, Venezuela: Art. 79 de la ley orgánica de procedimientos administrativos, publicada en la Gaceta Oficial nº 2818; Bolivia: Art. 55, punto I, de la ley 2.341 (23.4.2002); Perú: Arts. 192 y 194 de la ley 27.444.; Chile: Art. 3, ley 19.880, entre otros.

⁴ Art. 12 LNPA: "El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios — a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial — e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio, o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha señalado que la ley 19.549 contiene normas de fondo junto a otras de estricto carácter procesal administrativo; entre las primeras se encuentra el art. 12, el cual, después de reconocer la presunción de legitimidad del acto administrativo, determina que su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial.⁵

Así, atento el diseño escogido por el legislador nacional, en cuya virtud la ejecutoriedad de los actos administrativos se encontraría⁶ vinculada con la presunción de legitimidad que el ordenamiento les reconoce, corresponde primero abocarse a su estudio, para luego abordar el análisis específico del tema que nos ocupa.

2.a La presunción de legitimidad

En virtud de este carácter, se presume que el acto administrativo ha sido dictado conforme el ordenamiento jurídico, es decir, con arreglo a las normas que debieron condicionar su emisión.⁷ Por su parte, el Máximo Tribunal de la Nación ha afirmado que tal presunción subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente.⁸

Indica Fiorini⁹ que el fundamento de este carácter deriva de la presunción de validez que acompaña a todos los actos estatales. Así, toda ley se presume constitucional, toda sentencia se presume válida, y todo acto administrativo se presume legítimo.¹⁰

Una de las principales objeciones que se han ensayado respecto de esta afirmación, se sustenta en el carácter *sublegal* de la Administración; es decir, la actividad ejecutiva se desenvuelve en un plano jurídico inferior al de la ley y, además, está sujeta a revisión judicial a pedido del particular que cuestione su validez.¹¹

⁵ CSJN, 10.12.1987, "Senoc, Oijos y Fades", Fallos: 310:2682. Ver, asimismo, CNCAF, Sala II, 15.4.1992, "Bautis de López, Adriana".

⁶ Utilizamos el verbo en potencial, en forma deliberadamente intencionada, en tanto creemos que si bien existe una vinculación entre la "presunción de legitimidad" y la "ejecutoriedad", creemos que la segunda no deriva de la primera.

⁷ COMADIRA, Julio R., MONTI, Laura (Col.). *Procedimientos administrativos*, Tomo I, La Ley, 2002. p. 231.

⁸ CSJN, 20/8/86, "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro", Fallos: 319:1476 y LL, 1997-A-70.

⁹ FIORINI, Bartolomé A. *Derecho administrativo*. 2. ed. act. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976. t. I, p. 348.

¹⁰ Este criterio también fue señalado por la CSJN, el 30/6/1941, "Ganadera Los Lagos S.A.", Fallos: 190:142.

¹¹ MAIRAL, Héctor A. *Control judicial de la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1984, vol.II, p. 775.

Sin embargo, señala Comadira, esta objeción es relativa, si se admite la existencia de la zona de reserva administrativa, y si la presunción incorpora como elemento constitutivo el cumplimiento de la ley. Por otra parte, continúa este autor, tampoco la revisión judicial de los actos administrativos es apta para negar la existencia de tal presunción, sino que, en todo caso, ella significa que puede ser desvirtuada ante el tribunal.¹²

No obstante lo expuesto, y a pesar de las marcadas diferencias enunciadas, se advierten coincidencias en las razones prácticas que aconsejan su existencia, fundadas en la necesidad de asegurar el desarrollo continuo de la actividad de la Administración. En este sentido, la CSJN sostuvo que “por su presunción de legitimidad, los actos administrativos no admiten descalificación por la sola manifestación de voluntad del administrado”.¹³

Dentro de las consecuencias que se derivan de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, la jurisprudencia ha señalado las siguientes:

- a) la falta de necesidad de que la Justicia declare legítimo el acto para que éste produzca efectos;¹⁴
- b) el acatamiento debido al acto por los particulares;¹⁵
- c) la improcedencia de la revisión de oficio;¹⁶
- d) la necesidad de alegar y probar la ilegitimidad;¹⁷

Por último, cabe señalar que la presunción de validez de los actos administrativos no es absoluta, sino que cede ante la existencia de una nulidad manifiesta, es decir, cuando el vicio se advierte patente y notorio, sin necesidad de una investigación judicial. Así, la jurisprudencia tiene

¹² COMADIRA, Julio R.; MONTI, Laura. *Procedimientos Administrativos*, Op. cit., t. I, p. 232.

¹³ CSJN, 16.6.61, “Lipara, Napoleón c/Nación Argentina”, Fallos: 250:36. Ver también, CSJN, 10.02.87, “Hernández, Jorge”, Fallos:310:234 (sumario) del dictamen del Procurador General, doctor Juan Octavio Gauna, a cuyos argumentos se remite la Corte; CNCiv., sala C, “Sorg, Antonio” (LL, 140-613) donde se resolvió que a causa de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, quien pretende lo contrario debe probarlo, lo cual permite la ejecutoriedad inmediata de las resoluciones dictadas (doct. de primera instancia, confirmada por la Alzada).

¹⁴ CSJN, 30/6/41, “Ganadera Los Lagos S.A.”, Fallos: 190:142; CNCom., Sala B; “Kraft Ltda. c/Motomecánica S.A.”, LL. 1982-A-82.

¹⁵ CSJN, “Barraco Aguirre c/Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos: 302:1503.

¹⁶ CSJN, “Ganadera Los Lagos S.A.”, cit. supra. Sin embargo, señala Cassagne, con acierto, que la improcedencia de la declaración de oficio de la nulidad de los actos administrativos no se deriva de la presunción de legitimidad, sino del principio de división de los poderes (CASSAGNE, Juan C. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990. t. II, p. 177). Sin embargo, hace pocos años la Corte ha modificado su criterio en el caso “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/Estado de la provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa”, 27.9.2001, LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 30.11.2001.

¹⁷ CNCAF, Sala III, 11.8.99, “Politis”; SCBA, “Surge S.C.A. c/Municipalidad de San Isidro”, DJBA, 120:33.

establecido que la presunción de legitimidad de los actos administrativos, es una presunción legal, relativa, provisional, transitoria y calificada como presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada por el interesado demostrando que el acto es contrario al ordenamiento jurídico o, simplemente, invocando la nulidad en el caso de ser ésta manifiesta.¹⁸

Sin embargo, Hutchinson ha desarrollado un criterio que, a nuestro modo de ver, refleja más exactamente el fenómeno práctico de la presunción de validez. Este autor señala que no es necesario acudir a la presunción de legitimidad de los actos administrativos para explicar la validez y eficacia de dichos actos jurídicos. En síntesis, propone reconducir el régimen de autotutela a una formulación primaria y simple: la Administración para la eficaz protección del interés público necesita sólo de dos reglas sencillas: a) la imperatividad de sus actos (autotutela declarativa), esto es su eficacia unilateral para la creación, modificación y extinción de situaciones jurídicas; y b) en algunos casos, la ejecución de oficio. Lo que exceda es — según este autor — superfluo: son puras desviaciones cuyo carácter anormal es preciso tener siempre presente.¹⁹

2.b La ejecutoriedad

No podría abordarse el análisis de este carácter de los actos administrativos sin referir, previamente, las marcadas diferencias doctrinales que, sobre el punto, existen en nuestro país, y que se advierten ya desde la terminología a utilizar.

Así, mientras autores como Cassagne y Comadira señalan que “ejecutoriedad” no es sinónimo de “coacción”,²⁰ Mairal propone evitar el término “ejecutoriedad” y hablar, en cambio, de “ejecución forzosa”, entendiéndose por tal la facultad atribuida a la Administración de ejecutarlo por sus propios medios, sobreponiéndose a la inacción — o incluso la resistencia — del particular obligado.²¹

A este contrapunto se suma Gordillo, quien prefiere caracterizar al acto administrativo como *exigible u obligatorio*, señalando con ello que el

¹⁸ CNCAF, sala V, 8.5.2000, “Chung Ing Ocean Co Ltd. Argentina SA”. Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación, señaló que los actos que poseen un vicio manifiesto carecen de presunción de legitimidad (PTN, Dictámenes: 233:329).

¹⁹ HUTCHINSON, Tomás. *Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral: “Acto administrativo y Reglamento”. Ed. RAP, 2002. p. 149.

²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *La ejecutoriedad de los actos administrativos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971. p. 53; COMADIRA, Julio R., MONTI, Laura. *Procedimientos Administrativos*, cit., p. 235.

²¹ MAIRAL, Héctor A. *Control judicial de la Administración Pública*, cit., v. II, p. 779.

acto debe cumplirse y, como característica aparte, tomar la de su eventual *ejecutoriedad*, en cuanto posibilidad de uso de la fuerza por la administración. De tal forma, agrega este autor, se dirá que el acto es *ejecutorio* cuando la administración tenga otorgados por el orden jurídico, en forma expresa o razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir por la coerción directa o indirecta (v.gr., sanciones) y que no lo es, cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento.²²

Enunciadas de este modo las diferencias doctrinarias existentes sobre el punto, y más allá de los sólidos fundamentos brindados por los distintos autores para sustentar sus posiciones, por razones eminentemente prácticas se referirá, como carácter de los actos administrativos, la *ejecutoriedad*, entendiendo por tal “*su fuerza ejecutoria*”. Ello, en tanto es la terminología empleada por el legislador, y sin perjuicio de los alcances que a dicho concepto habrá de atribuirse.

Así, por *ejecutoriedad* de los actos administrativos, se entiende la facultad de la Administración para hacer cumplir sus propios actos sin necesidad de intervención judicial, a menos que la ley o la naturaleza del acto a ejecutar, así lo exijan.

Valga señalar, desde ahora, una curiosidad: el legislador ha referido que faculta a la “Administración” a ejecutar sus actos: pero ¿caso el fundamento de la *ejecutoriedad* no reside en la función administrativa — en sentido material — y no en la zona de reserva de la Administración? Ello, por cuanto de no ser así, los actos administrativos emitidos por los otros órganos estatales (legislativo y judicial) carecerían de *ejecutoriedad*.

Pero, a pesar de ello, los términos utilizados en la norma no permiten demasiados ambages: la única interpretación plausible lleva a considerar que el legislador ha querido consagrar una facultad a la “Administración” y no a los actos administrativos dictados por los otros órganos estatales, sin perjuicio de que éstos puedan cumplir — por sí mismos — los efectos perseguidos.

Es claro que la facultad otorgada se refiere a disponer la “ejecución” de los actos por parte de la Administración: de otra manera, no tendría sentido que se la “faculte” expresamente en ese sentido.²³

²² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: FDA, 2000. t. 3, p. V-27.

²³ Es que, atento el principio de especialidad, una vez creado un órgano estatal, éste puede realizar y ejercer todos aquellos actos vinculados con los objetivos y fines establecidos en la norma que lo creó (conf. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Lexis-Nexis Abeledo Perrot. 7. ed. Buenos Aires, 2002. t. I, p.279.

No obstante lo expuesto, podría sostenerse que, al tiempo de la sanción de la LNPA la doctrina administrativa científica no había evolucionado lo suficiente como para determinar que el fundamento de la ejecutoriedad, si bien ínsito en la actividad pública, resultaba esencial a la función administrativa en sentido material.²⁴ Pero, aún admitiendo tal posibilidad, no puede comprenderse que, en oportunidad de reformarse algunos artículos de esta norma en el año 2000,²⁵ se haya omitido reformar este artículo y referir, en vez de “Administración”, los “órganos estatales”, como los facultados para ejecutar sus propios actos. Es claro que pudo tratarse también de un olvido, pero no por ello queda exento de alguna suspicacia.

Ahora bien, volviendo al texto de la norma debemos señalar que, basándonos en el concepto y las palabras allí utilizadas, el análisis no debería obviar cuál ha sido el fundamento invocado — en aquel momento — por el legislador en oportunidad de sancionar la LNPA.

Valga destacar que el legislador (en este caso, el mismo Poder Ejecutivo *de facto* investido de la potestad legislativa) sin dudas quiso otorgar esta facultad, en forma genérica, a la Administración; el mismo principio era sostenido por Marienhoff cuya opinión fue tomada particularmente en cuenta por los autores de la ley.²⁶

Sin embargo, reviste singular importancia que este autor, al proponer esta regla general, cite como criterio coincidente, lo sostenido por Ranelletti, en su obra *Teoría degli atti Amministrativi Speciali* (1945).²⁷

²⁴ No creemos que esto haya sido efectivamente así. De hecho, antes de la sanción de la LNPA ya se habían publicado varias obras, de serio rigor científico, que afirmaban que el fundamento de la ejecutoriedad se encontraba ínsita en la naturaleza “pública” de la actividad. De ahí que, el mismo Marienhoff, a quien el legislador ha seguido primordialmente en este punto, sostenía este criterio (ver, MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. t. II, p. 381; CASSAGNE, Juan Carlos. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Op. cit. p. 114).

²⁵ Ley 25.344 (publicada en B.O. 19.10.2000).

²⁶ Como bien señaló Mairal: Podría interpretarse que el art. 12, L.P.A. meramente faculta a la Administración a poner en ejecución sus propios actos, pero no a vencer la resistencia del particular ni a invadir su esfera jurídica haciéndose justicia por mano propia. Pero tal facultamiento sería innecesario, ya que los particulares, por lo general, también ponen en ejecución sus propios actos jurídicos sin necesidad de previa intervención judicial cuando para ello no necesitan invadir la esfera jurídica de los terceros. En ciertos supuestos existe un matiz diferencial: así, la doctrina sostiene que la Administración puede hacer ejecutar el contrato por terceros en caso de incumplimiento del cocontratante, sin necesidad de autorización judicial (MARIENHOFF, Miguel S., t. III-A) de la cual sí necesita el particular bajo el derecho privado (C.Com, art. 467); lo mismo ocurriría con la rescisión que la Administración podría declarar por sí y el particular debería demandar (Mo, *Régimen legal de la obra pública*, 2. ed., p. 352). Pero sin perjuicio de que la diferencia se desdibuja cuando en el derecho privado se exime de la necesidad de tal autorización, esta interpretación no concuerda con la fuente doctrina de la LNPA. Por ello, es menester aceptar que la intención del legislador fue otorgar la facultad genérica de ejecución forzosa a la Administración (ver MAIRAL, Héctor A. *Control Judicial de la Administración*. Depalma, 1984. T. II, p. 782).

²⁷ La fecha no es casual. Se corresponde con la 7ª edición de esta obra, editada en Milán, en la época de esplendor de la doctrina fascista y anterior a la sanción de la Constitución acaecida en 1948.

En efecto, en dicha obra este autor propicia la ejecutoriedad como regla general del acto administrativo. En tal sentido señala que la razón y justificación de tal carácter del acto administrativo se encuentra en la naturaleza pública de la actividad que, por medio de los actos administrativos, se manifiesta en la necesidad de satisfacer los intereses colectivos; de tal forma, los fines del Estado son rápidamente satisfechos. En cuanto a la ejecución *coactiva*, continúa el autor, deriva del mismo concepto del poder público, al cual le es esencial. Sin esa facultad — sostiene — los órganos de poder público dejarían de ser tales, existiendo obstáculos que harían ineficaz la actividad administrativa.

Pero: ¿en qué se funda este autor para propiciar la ejecutoriedad del acto administrativo como regla general? Pues nada menos que en la Ley de Seguridad Pública del Estado de 1931 (*Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*).

En efecto, el art. 20 de esta norma establece:

Cuando en ocasión de reuniones o asambleas en un lugar público o abierto al público se produzcan manifestaciones o gritos sediciosos o lesivos del prestigio de la autoridad, o que de todos modos pueda poner en peligro el orden público o la seguridad de los ciudadanos, o cuando en tales reuniones o asambleas se cometan delitos, éstas podrán ser disueltas.

Por su parte, el art. 22 dispone: “... en los casos previstos por los artículos anteriores (...) las personas reunidas en asamblea son invitadas a desconcentrarse por los Oficiales de la seguridad pública o, en su caso, por los oficiales o suboficiales Carabinieri”.

Sin embargo, curiosamente, al comentar Ranelletti dicha ley años posteriores, en la *Enciclopedia del Diritto*, advierte que “...se trata de normas anteriores a la Constitución de la República, nacidas en un ambiente político y jurídico muy diverso del actual”, atento lo cual “...se impone en el intérprete una particular cautela en su interpretación y aplicación...”²⁸

Corolario lógico de dicha advertencia resulta que, contrariamente a lo sostenido con anterioridad, el autor propone ahora una indudable interpretación excepcional de la potestad ejecutoria.

Seguramente que, como indicara Mairal, ninguno de los autores argentinos que fueron partidarios de la ejecutoriedad del acto administrativo como regla, compartían las ideas políticas que dieron origen a esa

²⁸ *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè, 1988. T. XXXVII. p. 925.

legislación; y probablemente tampoco la compartía el autor italiano. Pero los primeros, al tomar la opinión de la doctrina separada de su contexto normativo e ideológico, presentaban como resultado de la lógica jurídica lo que no era sino una derivación de la realidad política en que debía desenvolverse el autor.²⁹

Es por ello que la doctrina científica más moderna sostiene que una interpretación del contexto normativo nacional lleva a concluir que la ejecutoriedad es la excepción y no la regla.³⁰

Es que, como se advirtiera, “la adopción de reglas tomadas de regímenes estructuralmente diferentes al nuestro produce consecuencias difíciles de predecir, cuando no contradictorias con los motivos declarados para justificarla”.³¹ También Salomoni señaló, en igual sentido, que no debe incurrirse en el error histórico de analizar nuestro ordenamiento jurídico a través de lentes prestados por otros observadores de otras realidades ideológicas y normativas.³²

3 La utilidad práctica del principio general

Sin embargo, aún reconociendo que se trata de una derivación de la realidad política y no el resultado de la lógica jurídica el establecimiento de la ejecutoriedad del acto administrativo como regla general, resta establecer si — a pesar de ello — la regla es o no necesaria, teniendo en cuenta el contexto social en el cual la norma se encuentra llamada a regir.

En un trabajo anterior,³³ sostuve que la ejecutoriedad del acto administrativo prevista como regla general resultaba un paliativo útil para la vida de una sociedad que, como la nuestra, se caracterizaba por no siempre cumplir con la ley.

En dicha oportunidad, recordé las observaciones vertidas por el profesor Mairal quien apuntaba que, en los países más desarrollados, la ley,

²⁹ MAIRAL, Héctor A. *Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino*, Estudios de Derecho Administrativo II. Buenos Aires: Ed. Ciencias de la Administración, 1992.

³⁰ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., t. III. 4. ed., p. V-57-58. En el mismo sentido, BARRA, R. La ejecutoriedad del acto administrativo. *Rev. Argentina de Derecho Administrativo*, n. 1, p. 91-92, 1989.

³¹ MAIRAL, Héctor A. *Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino*, Op. cit.

³² SALOMONI, Jorge Luis. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral: “Acto administrativo y Reglamento”. Ed. RAP, 2002. p. 167.

³³ CORDEIRO, Mariano Lucas. Apuntes sobre la ejecutoriedad del acto administrativo en el derecho comparado. *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Año 2004, p. 909, 2004.

constituía el *mínimo de conducta obligatoria*: es decir, al sancionarse una ley, todos la cumplen. Sin embargo, en nuestras latitudes, la ley era algo bien distinto ya que se la consideraba un *objetivo de mejoramiento social*, donde el legislador cifraba su esperanza en que el individuo, en algún momento, iba a llegar a cumplirla.³⁴

Con sustento en tales argumentos, presentaba un interrogante, en cuanto a qué pasaría si, teniendo en cuenta el concepto de *ley* que indudablemente subyace en nuestro sistema de derecho, se excluyera, además, la ejecutoriedad — como regla general — en la actuación administrativa. Es que, si bien en sistemas donde la ley se cumple, la regla general de *no ejecutoriedad* de los actos administrativos, aparece como razonable, en países como el nuestro, esa misma regla podría llegar a comprometer la eficacia de la actividad administrativa.

Sostuve, por último, que postular la regla de *no ejecutoriedad*, exigía una “revolución cultural” que asegurara la eficacia concreta y real de ese principio.

Hoy en día, si bien considero que la “revolución cultural” aún no ha ocurrido, la creciente internacionalización de los grandes principios jurídicos exige postulados más acordes con aquellos.³⁵

Es que, debe necesariamente repararse en que del reconocimiento de esta regla general, se deriva a favor de la Administración una prerrogativa formidable, fundamentalmente para aquellos casos donde la facultad de ejecutar los actos engendre dudas.

Adviértase que, el problema de la ejecución no se presenta en los extremos del postulado: Por ejemplo, es claro que, si para ejecutar un acto administrativo es necesario ingresar por la fuerza al domicilio de un particular, la Administración debe recabar la autorización judicial, obteniendo una orden de allanamiento. Por otro lado, tampoco presenta dudas que para emitir un certificado que otorgue determinada fe pública, la Administración no necesite el respaldo judicial.

³⁴ Observaciones vertidas en el Curso de “Derecho Administrativo Comparado”, Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

³⁵ Gordillo, por ejemplo, ha señalado: “Es ahora inevitable que la internacionalización y constitucionalización del país, haga ver también sus efectos plenos en el nivel de las leyes, decretos-leyes, jurisprudencia y práctica administrativa. La doctrina deberá hacer un *Stirb und Werden*. Todos ellos deben adecuarse y ser adecuados al nuevo orden jurídico constitucional e internacional, en el cual los derechos humanos se dan no para, sino contra el Estado (ver GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. FDA. t. 3, p. V-34).

Pero es precisamente en el punto intermedio, es decir, donde no resulte clara la facultad de la Administración de ejecutar por sí el acto administrativo, donde cobra verdadera relevancia la regla general: así, ante la duda, habrá de estarse a lo establecido en la regla general.

Así, algunos autores han sostenido que, en realidad, en Argentina el campo de la ejecutoriedad es casi inexistente, de acuerdo al sistema jurídico vigente donde la autorización judicial es siempre necesaria cada vez que tenga que ejercerse la coacción; de ahí que lo que denominan “ejecutoriedad impropia” tenga una amplia vigencia. En este sentido, Marienhoff ha señalado que: “Los casos en que proceden la ejecutoriedad “propia” o la “impropia” dependen, fundamentalmente, del derecho vigente en el lugar respectivo. Pero, en lo básico, el deslinde de los supuestos en que procede uno u otro tipo de ejecutoriedad está dado por el postulado esencial del Estado de Derecho consistente en la división de poderes o separación de funciones estatales. De acuerdo a ello, en nuestro sistema jurídico la ejecución “*impropia*” tiene amplio campo, pues, por imperio de principios constitucionales, en diversas situaciones la Administración Pública debe recurrir al Poder Judicial para la ejecución o cumplimiento del acto administrativo.”³⁶

Sin embargo, otros autores han señalado que la “ejecutoriedad impropia” es precisamente la negación de la ejecutoriedad.³⁷

4 Autotutela y equilibrio de poderes

Uno de los principales argumentos que se han invocado para fundar la regla general de la ejecutoriedad de los actos administrativos, reside en la denominada “autotutela” de la Administración.

Así, se ha señalado que si la ejecutoriedad no constituye el principio, la Administración estaría obligada a requerir el auxilio del órgano judicial para disponer el cumplimiento de sus actos — que se presumen legítimos — con lo cual se crearía una situación de dependencia del órgano que ejerce la función administrativa respecto del que ejerce la función jurisdiccional. Ello atenta — se sostuvo — contra el sistema de frenos y contrapesos

³⁶ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. t. II, p. 384. Este autor sostiene que la ejecutoriedad es “propia”, cuando la Administración puede ejecutar sus actos por sí misma. En cambio, sostiene que la ejecutoriedad es “impropia” cuando, para poder ejecutar el acto, requiere de la autorización judicial.

³⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. t. II, p. 220.

equilibrado, propio del llamado principio de división de los poderes.³⁸

Sin embargo, creemos que ello no es así.

En primer lugar, ha de observarse que la necesidad de disponer la ejecución forzosa sólo se presentará en algunos actos administrativos. Por ejemplo, los actos que deniegan una petición del administrado no requieren de ninguna actividad extra o adicional a su dictado y notificación para producir plenamente los efectos deseados. Otros actos son puestos en ejecución directamente por la Administración como lo haría un particular, sin necesidad de ejercer coacción o invadir la esfera jurídica de la otra parte, aunque su ilegitimidad pueda eventualmente ser declarada en juicio: tal el caso, por ejemplo, del pacto comisorio tácito.³⁹

Por otra parte, resulta evidente que es el órgano ejecutivo quien respalda y otorga efectividad a las decisiones de los otros órganos que ejercen el poder estatal. El Congreso necesita de la colaboración del Poder Ejecutivo para poner en ejecución las leyes que dicta y también el Poder Judicial requiere la ayuda de la Administración para que, en su caso, sus sentencias resulten cumplidas.

Así, por ejemplo, en un país dotado de un sistema constitucional que ha servido de inspiración al nuestro y cuyas semejanzas nadie controvierte — y donde la Administración, por regla general, necesita acudir a la Justicia para ejecutar sus actos — la historia ha recogido una anécdota que — de haber efectivamente ocurrido — revelaría la gravitación de la función del órgano ejecutivo, en el cumplimiento de las decisiones de los otros órganos estatales. La anécdota es la siguiente: Siendo Jackson Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, expresó en una oportunidad: “John Marshall (presidente de la Corte) ha tomado su decisión, ahora que la haga cumplir”.⁴⁰

Además, de la misma facultad administrativa de crear unilateralmente

³⁸ BORIO, Fernando Raúl. *El principio general de ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos*. ED, 88:749.

³⁹ Art. 1204 del Código Civil: “En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes...”

⁴⁰ Si bien la cita, que corresponde a BOWIE, Robert R.; FRIEDRICH, Carl J.: “Estudios sobre federalismo”. Buenos Aires, 1958, p. 689, fue extraída de CASSAGNE, Juan Carlos. *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971. p. 20, debemos decir que también ha sido puesta en duda. En efecto, Burt afirma que la anécdota nunca ocurrió, sino que se le atribuyó popularmente (conf. BURT, Robert A. *Constitución y Conflicto*. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p. 202-203).

obligaciones a los particulares puede desprenderse una conclusión contraria a la ejecución forzosa. En efecto, parecería plausible procurar atemperar tal potestad sujetándola al control judicial previo: la intervención de más de un poder del Estado actuaría así como mecanismo de control en un ejemplo más del sistema de frenos y contrapesos implícito en la teoría de la separación de los poderes.⁴¹

Permitiéndonos un ejercicio hipotético, coincidimos con Mairal, en cuanto a suponer que, lo que seguramente preocupaba a los autores de la ley para estipular la regla general, y preocupa a todo funcionario administrativo, es verse obligado a litigar durante varios años como paso previo a obtener el cumplimiento de sus órdenes. Se teme la proliferación de pleitos de larga duración — motivados justamente por las ventajas prácticas que los particulares derivarían de la regla opuesta — y la resultante de la parálisis de la acción administrativa. Sin embargo, la experiencia en otros países que han sostenido la regla general opuesta demuestra que no han sufrido la parálisis referida.⁴²

De todo lo expuesto surge claramente, en nuestra opinión, que la Administración no puede ejecutar coactivamente sus propios actos. Ello es así, porque una interpretación adecuada de la norma — a partir de las fuentes declaradas para llegar a su sanción — lleva a negar el reconocimiento de esa facultad.

Pero, además, la propia norma excluye esa posibilidad al establecer — si bien como excepción — que cuando la “naturaleza del acto a ejecutar lo exija” será necesaria la autorización judicial.

De esta manera, y a los efectos de la “ejecución del acto”, ninguna diferencia habría con respecto a los actos que dictan los particulares quienes tampoco pueden ejecutar coactivamente sus propios actos, debiendo ocurrir ante los tribunales.

5 El efecto no suspensivo de los recursos

Así, creemos haber demostrado que la regla general prevista en el art. 12 de la LNPA es irrazonable porque no se ajusta a la realidad. Por el contrario, la posibilidad de que la Administración ejecute por sí los actos administrativos sobreponiéndose a la resistencia del particular — único

⁴¹ MAIRAL, Héctor A. *Control judicial de la Administración*, p. 780.

⁴² MAIRAL, Héctor A. *Control judicial de la Administración*, p. 782.

fundamento para la previsión del principio, como parte de las prerrogativas de poder público — es excepcional.

Entonces: si el establecimiento de la regla general no era necesaria para ejecutar coactivamente los actos — en tanto, luego de reconocer el principio, se lo niega en la excepción — ¿dónde reside la utilidad de establecerlo así? Pues en justificar el efecto no suspensivo de los recursos administrativos. He ahí, en mi opinión, la clave de bóveda de la regla general contenida en el art. 12 de la LNPA.

En efecto, la norma en estudio prevé, como regla general y salvo norma expresa que establezca lo contrario, el efecto no suspensivo de los recursos que se articulen contra los actos administrativos.

Valga señalar que, a los efectos de impugnar los actos, los recursos administrativos no son optativos o facultativos para el particular, sino que son obligatorios a los fines de agotar la vía administrativa para acudir, finalmente, al órgano judicial.

Así, mientras que los arts. 89 y 90 del Decreto 1759/72 — reglamentario de la LNPA — establecen que mediante el recurso jerárquico se agota la vía administrativa tratándose de actos de alcance individual,⁴³ el art. 25 de la LNPA prevé que, para poder impugnar judicialmente un acto administrativo, éste debe ser definitivo, debiéndose haber agotado a su respecto las instancias administrativas.⁴⁴

Aparece así un nudo gordiano:⁴⁵ el administrado que pretende impugnar un acto administrativo, deberá previamente agotar la vía administrativa mediante recursos que — salvo norma expresa — carecen de

⁴³ El art. 89 del Decreto 1759/72 — reglamentario de la LNPA — dispone que: “El recurso jerárquico procederá contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado. No será necesario haber deducido previamente recurso de reconsideración; si se lo hubiere hecho, no será indispensable fundar nuevamente el jerárquico, sin perjuicio de lo expresado en la última parte del artículo anterior.” Por último, el art. 90 de dicha norma señala que: “El recurso jerárquico deberá interponerse ante la autoridad que dictó el acto impugnado dentro de los quince (15) días de notificado y será elevado dentro del término de cinco (5) días y de oficio al Ministerio o Secretaría de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto. Los Ministros y Secretarios de la Presidencia de la Nación resolverán definitivamente el recurso; cuando el acto impugnado emanare de un Ministro o Secretario de la Presidencia de la Nación, el recurso será resuelto por el Poder Ejecutivo Nacional, agotándose en ambos casos la instancia administrativa”.

⁴⁴ El art. 25 de la LNPA, en lo pertinente, establece: “Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular:... a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas.”

⁴⁵ En Gordión (actual Anatolia) había un yugo con una cuerda ceñida por un nudo complicado. Según narra la leyenda, un campesino llamado Gordias (de ahí el nombre de Gordiano) llevaba sus bueyes atados al yugo con unas cuerdas anudadas de modo *imposible de desatar*. Este hombre, al llegar al poblado, cumplió un *augurio que promulgaba* el hecho de que *el futuro rey de Frigia vendría por la Puerta del Este acompañado de un cuervo que se posaría en su carro*. Según las tradiciones, quien consiguiera desatar el nudo gordiano podría conquistar Oriente. Alejandro Magno (356-323 adC) se enfrentó al problema (333 adC) cortando el nudo con

efectos suspensivos. Es decir, debe esperar que se resuelva — expresa o tácitamente — el recurso que sí agota la vía administrativa; pero, mientras tanto, el acto produce sus efectos.

Es precisamente esa brecha, ese lapso que existe entre la interposición del recurso contra el acto definitivo y la eventual decisión del órgano superior que agote la instancia administrativa donde se produce, a nuestro entender, un agravio constitucional que vulnera la tutela judicial efectiva.

Y no alcanza para evitar tal agravio la posibilidad de que el administrado solicite la suspensión del acto en sede administrativa o en sede judicial, ya sea en los términos que refiere el propio artículo 12 de la LNPA o mediante una medida cautelar, toda vez que la tutela judicial efectiva no se satisface con la previsión normativa de acciones defensivas.

En efecto, en el derecho administrativo propio de la fase inicial del Estado de Derecho, la injerencia o intervención normativa venía compensada con garantías que aseguraban la libertad de los individuos respecto del Poder Ejecutivo.

La dogmática “clásica” se servía a tal fin de diversos institutos jurídicos: la función garantista de la ley frente a las injerencias sobre la libertad y la propiedad, los derechos subjetivos reaccionales, y el efecto moderador o de filtro de las limitaciones públicas por medio del principio de proporcionalidad. Estos institutos jurídicos cobran sentido hoy — principalmente — por medio de los derechos fundamentales; de ahí precisamente que haya de reafirmarse su importancia actual, y deban complementarse los modelos de argumentación, y hacer posible, además, que las garantías tradicionales accedan a los procesos constitucionales de amparo.

Sin embargo, discurrir por esos ámbitos recientemente “colonizados” por los derechos fundamentales es ciertamente inseguro. Varios son los ejemplos que se pueden apuntar sobre la forma en que los derechos fundamentales han afectado a institutos jurídicos tradicionales.

Uno de los ejemplos más notables ocurre, en este sentido, en el derecho alemán: allí se ha señalado que las pretensiones procesales de pleno restablecimiento y de cesación sólo cobraron pleno sentido cuando se

su espada, y dijo: “es lo mismo cortarlo que desatarlo”. Efectivamente Alejandro conquistó Oriente. La metáfora —aquí utilizada— responde a la situación que enfrenta el administrado ante el acto administrativo no definitivo.

⁴⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Op. cit. p. 72-73.

⁴⁷ CARRILLO, Santiago R. *Las medidas cautelares contra el Estado*. RAP, p. 15, 2006-2.

⁴⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. FDA, t. 3, Op. cit., p. V-42.

prescribió que para la tutela judicial de derechos fundamentales no bastaba simplemente con las acciones procesales defensivas o reaccionales.⁴⁶

De esta manera creemos, al igual que Gordillo, que es necesario un cambio de criterio y sostener que el recurso administrativo, en principio, suspende la ejecución del acto, sin perjuicio de que la Administración, por decisión expresamente fundada, pueda no obstante ejecutarlo, siempre que no se pida y obtenga una cautelar autónoma en sede judicial pendiente la resolución del recurso administrativo.⁴⁷ Pues, si la Administración tiene real interés jurídico en ejecutar el acto, lo menos que cabe pedirle es que resuelva en forma expresa, con la diligencia que estime necesaria, el recurso interpuesto, atendiendo a los planteamientos formulados por el recurrente.⁴⁸

Por lo demás, en nuestro país, la incorporación de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional permite — o, mejor dicho, obliga — analizar la normativa desde este punto de vista, en tanto así adquiere coherencia y consistencia.

6 El impacto de los tratados internacionales

Como ya expresara Salomoni, no pudimos aún incorporar en nuestro sistema cultural, el gran impacto producido por las normas que provienen de ordenamientos supranacionales e internacionales, que se han incorporado al nuestro como derecho positivo vigente, como por ejemplo los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional por la reforma de 1994, y que se proyectan en la totalidad del ordenamiento jurídico argentino y, fundamentalmente, en las relaciones jurídicas entre la Administración y los particulares.⁴⁹

Al respecto, y en primer lugar, cabe recordar que el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce y establece que: "... los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional...".

Una adecuada interpretación de estos conceptos, lleva a concluir

⁴⁶ SALOMONI, Jorge Luis. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Op. cit., p. 174.

⁴⁹ CSJN, 26-12-1996, "Monges, Analía c/UBA — Resolución n° 2.314/95".

⁵¹ BANDRE SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo)*. Civitas: Madrid, 1996. p. 99.

que los países miembros de la Convención reconocen y aceptan que los derechos humanos son superiores y anteriores a los Estados nacionales y que no se obtienen por la pertenencia de la persona humana a un determinado Estado.

Así, la validez y vigencia del orden público de los derechos humanos fundado en la Convención Americana de los Derechos Humanos, no encuentra obstáculo constitucional alguno en la República Argentina.

En efecto, el art. 75 inc. 22) de la Constitución Nacional incorporó el Pacto de San José de Costa Rica al plexo normativo de la Constitución integrando así su sistema de derecho público. Por lo demás, el problema de la eventual compatibilidad, fue oportunamente resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien sostuvo: “el artículo 75 inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcrito, establece, en su última parte, que aquellos “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos. *Ello implica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir (...)* Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente...”⁵⁰

A su turno, el art. 8 de la citada Convención Americana de los Derechos Humanos establece el derecho de defensa, disponiendo que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”.

Siendo así, la utilización de la expresión “de cualquier otro carácter” permite considerar que alcanza también al procedimiento administrativo, y refuerza la idea del efecto suspensivo del recurso.

Abona aún más esta conclusión, la significativa doctrina sentada por el

⁵² SALOMONI, Jorge Luis. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Op. cit., p. 177.

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la causa “Kranka c/Suiza”, del 19 de abril de 1993, por la cual se estableció el principio de igualdad de armas del ciudadano y la Administración, tanto en el procedimiento administrativo como en los procesos judiciales.

Así, fundado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos — similar al citado art. 8 de la Convención Americana — sostuvo que la garantía de defensa: “... se ve enfocada desde el “principio de igualdad de armas”, que motiva que el proceso se construya en todas sus fases, instancias y trámites en forma equilibrada para las partes personadas, de modo que éstas no gocen de ninguna ventaja en la exposición de sus alegaciones, que no sufran ningún trato discriminatorio o injustificado de la Administración y valoración de las pruebas que menoscabe su posición procesal, y que el fallo judicial se elabore de modo equitativo sobre el mismo proceso...”⁵¹

Con este fundamento, coincidimos con Salomoni quien sostuvo que esta doctrina es plenamente aplicable a los ordenamientos jurídicos administrativos de la República Argentina por aplicación directa de la Convención Americana de los Derechos Humanos.⁵²

7 La necesidad de un cambio de rumbo

Con todo lo expuesto, creemos que tanto una correcta interpretación de la norma, como — principalmente — la aplicación de las normas y principios internacionales — contenidos en los tratados de jerarquía constitucional — impacta de tal forma en el artículo 12 de la LNPA que obliga a invertir el principio, y a sostener que el recurso interpuesto por el particular suspende, por principio y como regla general, la fuerza ejecutoria del acto.

Y ello es así porque, si la norma argentina establece una prerrogativa estatal — fundada, como vimos, en una regla general que no es tal — la norma constitucional supranacional establece la posibilidad de la suspensión de la prerrogativa y la vigencia del derecho ante la interposición del recurso por el particular. He ahí el verdadero sistema de equilibrio. Y este sistema de equilibrio está establecido en nuestro sistema constitucional.

Postulamos así, entonces, la inversión del principio contenido en el

⁵¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Op. cit., p. 69.

art. 12 de la LNPA: salvo norma expresa que establezca lo contrario, los recursos administrativos interpuestos contra los actos administrativos definitivos, que no agotan la instancia administrativa, tienen efectos suspensivos. De esta manera, si la Administración quiere ejecutar el acto, deberá resolver el recurso jerárquico y agotar así la vía administrativa.

Ello no obsta, sin embargo, a que la Administración pueda disponer, por acto expreso y debidamente fundado, el efecto no suspensivo del recurso, atendiendo a las especiales circunstancias del caso.

Pero la regla general que se propone es la inversa a la que hoy se encuentra prevista.

8 Conclusiones

Decíamos al principio de este trabajo que uno de los rasgos típicos del derecho administrativo es su naturaleza de *ius in fieri*. Y es, precisamente, el desafío que enfrenta hoy esta institución del derecho administrativo: evolucionar; ser, más que nunca, *ius in fieri*. Y esta evolución exige hoy modificar la regla general, adecuarla su realidad fáctica y al contexto jurídico apropiado, que presuma la vigencia efectiva de la nueva normativa constitucional, con la incorporación de los tratados internacionales. Estar a la altura de los actuales desafíos, implica garantizar, en forma efectiva, la vigencia de los derechos humanos.

Y en este cometido, no deben soslayarse los datos que nos brinda la realidad:

- a) la ley 19.549 fue sancionada en 1972; es decir, han transcurrido — a la fecha (2007) — treinta y cinco años;
- b) en ese lapso de tiempo, la Argentina sufrió golpes de Estado, gobiernos de facto y, al fin, consolidó su democracia;
- c) se reformó la Constitución Nacional, otorgándose a determinados tratados internacionales jerarquía constitucional;
- d) ha existido una evolución tecnológica (v.gr., en materia de Internet, comunicaciones móviles, satelitales, etc.) hacia límites nunca imaginados en la momento en el que la norma fue sancionada, transformando los conceptos clásicos de “fronteras” y “soberanía”.

El derecho sólo es eficaz cuando se aplica a tiempo. Sin embargo, se ha sostenido — con acierto — que “el factor tiempo no siempre ha recibido

suficiente atención en el Derecho administrativo de los primeros tiempos, más preocupado por la perspectiva de defensa del interés público”.⁵³

La tutela judicial en un plazo razonable es hoy una clara directriz para el legislador y los jueces. A su turno, la proyección del derecho de defensa, en su interpretación supranacional, resulta integrador de todo proceso donde se ventilen intereses contrapuestos.

Y en ese cometido, el efecto suspensivo de los recursos administrativos, previsto como regla general — en ordenamientos donde, además, éstos resultan obligatorios para poder ocurrir ante el órgano judicial — es una forma de garantizar el principio de “igualdad de armas”, en un terreno donde los contendientes clásicos siguen siendo la prerrogativa y la garantía, en sus respectivos corceles: autoridad y libertad.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LUCAS CORDEIRO, Mariano. Nuevas perspectivas del derecho administrativo. La ejecutoriedad del acto administrativo como regla general: necesidad de un cambio de rumbo. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 205-224, out./dez. 2007.