

TESIS DE DERECHO APLICADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL

Tema de Tesis:

EL HABILITAMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ALCANCE INDIVIDUAL

Autora: Ab. Carolina Velásquez Rivera **Director:** Dr. Patricio M. Sammartino.

Buenos Aires, Argentina

ÍNDICE

	INTRODU	JCCIÓN:	4
CAP	ÍTULO PR	IMERO	8
P	recisiones	de la invalidez del acto administrativo de alcance individual	8
	1.1.	Noción de Acto Administrativo: el acto administrativo de alcance individual	9
	1.2. individua	Nociones preliminares de la invalidez del acto administrativo de alcance	9
	1.2.1. administ	La clasificación de las irregularidades de los actos administrativos: el acto rativo nulo absoluto y el acto administrativo anulable	10
	1.2.2.	La nulidad absoluta	13
	1.2.3.	La nulidad manifiesta.	14
		El acto administrativo de alcance individual inconstitucional: ¿El acto nulo con vicio grave y manifiesto o con manifiesta inexistencia de un requisito es un acto administrativo de alcance individual inconstitucional?	15
CAP	ÍTULO SEC	GUNDO	18
E	l control c	onstitucional de oficio del acto administrativo de alcance individual	18
	2.1.	Posiciones frente al control constitucional de oficio.	19
	2.1.1	La posición de la Corte Suprema de Justicia respecto al control <i>ex officio</i>	19
	2.1.2	La posición de la jurisprudencia internacional respecto al control ex officio	23
	2.1.3	La posición de la normativa vigente respecto al control <i>ex officio</i>	24
	2.1.4	La posición de la doctrina respecto al control ex officio.	25
	2.2. administ	La fuente inspiradora del control constitucional de oficio de los actos rativos de alcance individual	28
	2.3. argumen	Los fundamentos de la posición que niega el control de oficio y nuestros tos de disidencia	33
	2.4. actos adr	Nuestros argumentos jurídicos a favor del control constitucional de oficio de los ministrativos de alcance individual.	38
	2.5. administ	Breve estudio comparativo del control constitucional de oficio de los actos rativos de alcance individual en el Ecuador.	49
	2.5.1	Breve revisión del control constitucional en el Ecuador	50
	2.5.2 los actos	El régimen jurídico del Ecuador respecto al control constitucional de oficio de administrativos de alcance individual.	51
^ ^ D	ÍTI II O TEI	DCEDO.	56

	La función del juez frente a actos administrativo de alcance individual inconstitucionales y os efectos jurídicos del control constitucional de oficio de dichos actos	56		
	3.1. ¿Cuál debe ser la función de los jueces frente a actos administrativos de alcance individual inconstitucionales?	57		
	3.1.1 ¿En qué ámbito los jueces deben controlar de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual?	58		
	3.1.2 ¿Puede el juez controlar de oficio la constitucionalidad de actos administrativos en "casos abstractos"?	58		
	3.1.3 ¿En caso de que las partes renuncien a los derechos que otorga el acto administrativo inconstitucional -a efectos de que continúe siendo aplicado- el juez aún debe proceder de oficio y declarar su inconstitucionalidad?	59		
	3.1.4 ¿Si un acto administrativo de alcance individual es inconstitucional porque emana de la aplicación de leyes contrarias a la Constitución, de qué manera debe proceder el juez?	61		
	3.2. ¿ Cuál es la forma con la que el juez debe evitar transgredir el derecho de la defensa en juicio de las partes al momento de declarar de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual?	62		
	3.3. La responsabilidad de los jueces por su inacción frente a actos administrativos inconstitucionales de alcance individual	65		
	3.4. ¿Cuáles son los efectos de la declaración de oficio de inconstitucionalidad de los actos administrativos de alcance individual?	66		
	3.4.1 ¿Qué tipo de sentencia será la que el juez declare de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual?	66		
	3.4.2 ¿Cuáles son los efectos de la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo inconstitucional?	67		
	3.4.3 ¿Cuál es el alcance de los efectos jurídicos de la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual?	69		
CO	CONCLUSIONES			
	BIBLIOGRAFÍA:	78		

INTRODUCCIÓN:

No hay duda de que el Derecho Administrativo por su propia naturaleza es dinámico, va desarrollándose conforme avanzan las instituciones que lo componen y la realidad social que la trasciende. De tal manera que las instituciones del Derecho Administrativo crecen conforme los aportes de la legislación, la jurisprudencia la doctrina y de lo dicho por juristas y jueces. Si bien es cierto que esto es un progreso a favor del Derecho Administrativo, la verdad es que la realidad social, política y económica han impedido el asentamiento de doctrinas homogéneas de sus instituciones, y han exigido constantes y sucesivos cambios.

Uno de los antiguos institutos del Derecho Administrativo es el *régimen de invalidez de los actos administrativos*, el mismo que ha atravesado varios cambios por aportes de la jurisprudencia, doctrina, normativa y de lo dicho por juristas y jueces. Si bien es cierto, esto es un progreso a favor del Derecho Administrativo, la verdad es que este régimen merece nuestra atención, porque la realidad social, política y económica han impedido el asentamiento de una posición respecto al control constitucional de los actos administrativos de alcance individual y sólo se ha mencionado el control de legalidad de los mismos.

Precisamente, por el argumento expuesto anteriormente es que el control de los actos administrativos ha estado sometidos a los mecanismos clásicos de control resignándose a cambios, y sólo ha sido el "control de oficio de leyes y normas" el de mayor posición que surgió a partir de la doctrina jurisprudencial de los fallos "Mill de Pereyra", "Banco Comercial de Finanzas S.A.", "Lapadú", y "Simón" y que estableció la facultad de los jueces para controlar oficiosamente la constitucionalidad de las normas y leyes; y que ahora, nos motiva a realizar este trabajo

Sin duda alguna, según la jurisprudencia referida, la facultad y deber de los jueces de controlar oficiosamente la constitucionalidad se limita a leyes y normas incompatibles con la Constitución; quedando claro que la doctrina de la Corte no extendió específicamente sus argumentos a los actos administrativos de alcance individual, como tampoco la L.N.P.A. ni la Constitución de la Nación Argentina reformada en 1994.

Por su parte, la L.N.P.A. lo único que introdujo en el Título IV son mecanismos judiciales ordinarios de impugnación de los actos administrativos, y con la llegada del Estado Constitucional Social de Derecho se activó constitucionalmente otros dispositivos para la protección de los derechos humanos como el "amparo"; por lo tanto, esto presupone pensar que los actos administrativos de alcance individual están sometidos únicamente a un control de legalidad previo petición de parte. Sin embargo, el antiguo y actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establecieron un

control de oficio de legalidad de los actos jurídicos, lo cual dio apertura para que algunos juristas como J. Comadira asentarán la certeza de que si en el Derecho Privado se impone al juez la obligación de declarar de oficio la invalidez del acto jurídico cuando la nulidad absoluta surge manifiesta de éste, cuánto más razón llegar a la misma conclusión en el ámbito del Derecho Administrativo.

Frente a este panorama, nos preocupa que legalmente sólo se haya regulado mecanismos de control judicial -previo petición de parte- para verificar la legalidad de los actos administrativos de alcance individual y no se haya contemplado un mecanismo de control constitucional *ex officio*; a pesar de que constitucionalmente tanto en Argentina como en Ecuador existen figuras como el *amparo* o la *acción de protección* como acciones expeditas y rápidas para proteger los derechos lesionados por todo tipo de acto público o privado. Finalmente, nos inquieta la idea de porqué según la doctrina de la Corte Suprema únicamente se ha reconocido la facultad de los jueces para que oficiosamente eviten la aplicación de normas contrarias con el texto de la Constitución pero no de actos administrativos de alcance individual.

Por lo tanto, ha sido nulo el tratamiento por parte de la doctrina, normativa y jurisprudencia respecto al control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, y muy pocos abogados y litigantes lo han empleado, y esto se debe principalmente a que todavía no existe en nuestros países una conciencia acerca de la vigencia práctica real que tiene el principio de supremacía constitucional. Pero sobre todo se debe a las graves falencias y vacíos que existen en nuestras legislaciones y a los desviados controles constitucionales que los jueces realizan sobre los actos administrativos de alcance individual.

En consecuencia, si las normas o leyes incompatibles con la Constitución pueden ser declaradas de oficio como inconstitucionales por los jueces, los actos administrativos de alcance individual que también son actos estatales capaces de lesionar de manera ostensible y patente la Constitución en su parte dogmática y orgánica o los derechos fundamentales ¿podrían estar exentos de un control constitucional de oficio, y más aún cuando –conforme el art. 31 de la C.N.- los jueces deben cumplir el deber insoslayable de velar por la supremacía constitucional?.

Frente a esta interrogante y ante la falta de un régimen jurídico, en este trabajo pretendemos asumir una postura para habilitar el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual. Específicamente, se tratará de demostrar que si el juez en una causa judicial, sin importar su jurisdicción o jerarquía, llega a la conclusión de que un *acto administrativo de alcance individual* es inconstitucional porque ha lesionado la Constitución de manera ostensible o los derechos fundamentales, debe obligatoriamente declarar de oficio la inconstitucionalidad de ese acto con efectos de cosa juzgada e *inter partes*, en cumplimiento de su deber jurisdiccional de garantizar

la efectiva vigencia de la supremacía constitucional y la indisponibilidad de los derechos fundamentales; caso contrario, será responsable por su mal desempeño como guardián de la misma.

Para ello, en el Capítulo Primero delimitaremos nuestro trabajo a la noción técnica de *acto administrativo* de alcance individual dado por J. Comadira, debido a que su régimen jurídico de invalidez difiere de los actos de alcance general; y a la vez, revisaremos las nociones preliminares del *régimen de invalidez de los actos administrativos de alcance individual* para recordar las diferentes posturas existentes en Argentina. Precisaremos el modo en que un acto administrativo de alcance individual se convierte en un acto inconstitucional y aportaremos con diferentes situaciones en las que puede estar afectado de esta invalidez.

En el Capítulo Segundo repasaremos las diferentes posiciones que existen del control constitucional de oficio de las normas y leyes, partiendo del fallo "Ganadera Los Lagos", donde la Corte Suprema claramente negó el ejercicio de este control; y, continuaremos con un recorrido por las posiciones que han intentado escribir una postura a favor del mismo; finalmente, veremos cómo luego de sesenta años de predominio de la doctrina del referido fallo, en el 2001 la Corte Suprema con el fallo "Mill de Pereyra" asume definitivamente una posición que habilita el control judicial de oficio de las leyes y normas, la misma que perdura hasta la actualidad; y finalmente complementamos rápidamente el tema con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la normativa argentina.

A continuación, nos referiremos a las diferentes posiciones que ha marcado la *Doctrina* con respecto al control *ex officio*, y los argumentos más contundentes de la posición que prohíbe dicho control -que se venía imponiendo de forma negativa desde el fallo "Ganadera Los Lagos"- y paralelamente realizaremos nuestros argumentos de discrepancia frente cada uno de ellos, como un ejercicio para observar la manera en que esta posición ha hecho que los jueces se conviertan en órganos inactivos frente a lesiones palmarias de la supremacía constitucional de actos administrativos de alcance individual, bajo la figura del *self-restrain*. Esto, nos llevará a despertar el interés por las discusiones de otras doctrinas que están cerca de ser posturas a favor del control constitucional de oficio.

Al margen de los argumentos de discrepancia que realizaremos, también presentaremos los argumentos jurídicos que sostienen nuestra postura para habilitar el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual. Estamos conscientes que la aceptación de esta postura traerá aparejado inevitables riesgos y críticas por parte de la oposición, pero también consecuencias prácticas en favor de los afectados por actos administrativos inconstitucionales de alcance individual.

Previo a demostrar la hipótesis propuesta, analizaremos las que creemos son las posibles fuentes inspiradoras del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual -el art. 387 del nuevo C.Civ.Com. o la doctrina jurisprudencial- para continuar con el análisis de su *proyección* que depende de su fuente y que significa buscar el objetivo que pretende alcanzar este control; y finalmente, su *alcance* que implica determinar los actos administrativos de alcance individual sobre los cuales debe operar dicho control.

Por ser estudiante ecuatoriana de la Maestría de Derecho Administrativo en la Universidad Austral, también es necesario dar un ligero recorrido por el Derecho ecuatoriano y observar de qué manera en el Ecuador funciona el control constitucional de los actos administrativos. Esta revisión tan rápida pero inevitablemente personal es importante, porque nos lleva a acentuarnos en un escenario jurídico distinto al del Estado argentino, porque el Ecuador es el único país en la región declarado constitucionalmente como un *Estado constitucional de derechos y justicia social*, que asigna a los jueces una función de garantía al ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de ilegalidad por parte de los poderes públicos.

Tras ello, en el Capítulo Tercero determinaremos el comportamiento que debe tener un juez frente a actos administrativos inconstitucionales de alcance individual, y plantearemos algunos cuestionamientos que con sus respuestas palparemos las consecuencias de su comportamiento y su responsabilidad, por ser los guardianes de la supremacía constitucional.

Este capítulo cerrará su temática desarrollando los efectos jurídicos de la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual, revisando el tipo de sentencia y sus efectos en el tiempo; y, finalmente, revisaremos el alcance jurídico de esta sentencia en relación con las partes.

Con esto daremos cumplimiento al objetivo de este trabajo, por lo que en último lugar trataremos de sintetizar las conclusiones a las que hayamos arribado, y comprobar si la hipótesis planteada se ha verificado, a fin de brindar una semilla en pro de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales, a través del control constitucional de los actos administrativos de alcance individual, en Argentina y Ecuador.

CAPÍTULO PRIMERO

Precisiones de la invalidez del acto administrativo de alcance individual

1.1. Noción de Acto Administrativo: el acto administrativo de alcance individual.-

La legislación en la Argentina hasta el día de hoy no ha propuesto una definición de acto administrativo; pero la Doctrina ha asumido esa tarea brindando diferentes conceptos que guardan coherencia unos con otros.

En tal sentido, de las numerosas definiciones y posturas doctrinarias que se han adoptado acerca del acto administrativo -para fines de este trabajo- y por razones metodológicas, nos referiremos a la noción técnica de acto administrativo dada por el profesor J. Comadira, definida como: "una declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de una función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos individuales respecto de terceros." Esta concepción es de carácter técnico, porque corresponde únicamente al concepto de acto administrativo de alcance individual, lo que nos conduce a separarlo de los actos administrativos de alcance general, debido a que su contenido y contorno obedecen a otro régimen jurídico, aunque tengan la misma finalidad esencial que es la protección de los derechos e intereses de los administrados y del interés público, y ambos provengan de la actividad administrativa.

Sin embargo, cabe considerar que ha sido la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (*en adelante "L.N.P.A."*) y su Reglamento que han incluido al acto administrativo de alcance general en el concepto de acto administrativo, brindando así una noción amplia del mismo, refiriéndose al mismo en diversas disposiciones: (*v. gr:* arts. 11, 24 y 25 de la ley; y, 73, 775, 83 y 103 del Reglamento). No obstante de ello, se marca la diferencia entre cada categoría por su régimen jurídico aplicable; así por ejemplo; en su publicidad, extinción e impugnación judicial y las relaciones jerárquico normativas (principio de inderogabilidad singular del Reglamento).

Por las razones expuestas, y por ser de nuestro interés el estudio de la declaración de inconstitucionalidad de oficio de los actos administrativos de alcance individual, nos remitiremos únicamente a esta categoría de acto administrativo, en base a la noción de acto administrativo otorgada por el jurista Julio Rodolfo Comadira.

1.2. Nociones preliminares de la invalidez del acto administrativo de alcance individual.-

Un acto administrativo es "perfecto", según Marienhoff, cuando reúne dos condiciones: la validez y la eficacia. Siguiendo a este mismo jurista, "válido" es cuando el acto ha nacido de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente; mientras que "eficaz" es el acto que siendo válido, reúne los requisitos para ser cumplido o para ser puesto en

¹ COMADIRA, Julio R., y otros, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Buenos Aires, 2013, p. 391.

práctica. Por lo tanto, *"acto administrativo perfecto"* es el que reúne simultáneamente los requisitos de validez y eficacia.²

En contraste a lo antedicho, un acto administrativo es "defectuoso" o "viciado" cuando es carente de "perfección" y aparece en el mundo jurídico afectado por un "vicio"; es decir, por no haber satisfecho los requisitos para su validez o eficacia. De ahí que, los vicios vinculados con la voluntad y con los elementos (esenciales o accidentales) del acto administrativo son vicios de "ilegitimidad"; mientras que los vicios vinculados con la "oportunidad", "merito" o "conveniencia" son vicios atientes al "mérito". En consecuencia, los vicios relacionados con la legitimidad producen la invalidez del acto administrativo. No ocurre lo mismo con el vicio atinente al mérito del acto, debido a que técnicamente tal vicio no es causa de invalidez, sino que torna al acto en "inoportuno" o "inconveniente", pero no en ilegítimo. Por lo tanto, no es posible asimilar la ilegitimidad (infracción al orden jurídico positivo) con inoportunidad (disconformidad del acto con las conveniencias o los intereses generales o públicos).

De aquí, que el "vicio" es el elemento que determina la teoría de las nulidades del acto administrativo, porque de él depende la extinción del acto, sea por considerarlo nulo" o anulable". Esta afirmación se encuentra regulada en la L.N.P.A. como el régimen de invalidez del acto administrativo (arts. 14 y 15) distinguiendo entre actos nulos y actos anulables, correlativos a la nulidad absoluta (manifiesta y no manifiesta) y nulidad relativa respectivamente.

1.2.1. La clasificación de las irregularidades de los actos administrativos: el acto administrativo nulo absoluto y el acto administrativo anulable.-

La teoría inspiradora de la L.N.P.A. (Marienhoff) fue la que determinó por primera vez que la nulidad de los actos administrativos depende de la "gravedad del vicio", haciendo hincapié en que una irregularidad grave conduce a la nulidad, y la irregularidad menos grave a la anulación. Escola, también coautor de la L.N.P.A. acotó a esta teoría indicando que la clasificación del sistema de invalidez de los actos administrativos deriva de la gravedad del vicio que afecta a los elementos esenciales del acto.

Atendiendo a estos criterios, la doctrina mayoritaria (Marienhoff, Escola, Sammartino, Monti) enfáticamente la presidida por el jurista J. Comadira, fue la que estableció que existe una estrecha relación entre los requisitos esenciales y el régimen

² MARIENHOFF, Miguel, "*Tratado de Derecho Administrativo*", Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 457.

³ Según Marienhoff, "*vicio*" son las fallas o defectos con que aparece el acto administrativo en el mundo jurídico, y que de acuerdo al orden jurídico vigente, afectan la perfección del acto, sea en su validez o en su eficacia.

de invalidez del acto, porque la concurrencia de los elementos esenciales del acto administrativo, vista como un conjunto de requisitos, hacen que el acto administrativo sea plenamente válido; *contrario sensu*, la carencia de alguno de estos elementos o bien la dolencia de vicios sobre ellos, hace que se imponga la invalidez del mismo. Dicho en otras palabras por Julio R. Comadira: "la invalidez es, una categoría genérica que (...) depende (...) de la gravedad del vicio que afecta a los elementos esenciales del acto".

De aquí que, podamos distinguir, que la intención del legislador en los arts. 14 y 15 de la L.N.P.A. -siguiendo la doctrina de su fuente inspiradora- fue vincular los elementos con los vicios, aunque dicha relación no nos sea claramente visible por los términos empleados en la ley para enunciar los requisitos esenciales y los vicios generados de la invalidez.

En consecuencia, el sistema de invalidez del acto administrativo en la L.N.P.A. da lugar a la clasificación de dos tipos de actos según los arts. 14 y 15: actos nulos y actos anulables, correspondientes a la nulidad absoluta y a la nulidad relativa, respectivamente. Siendo acto nulo el que carece de alguno de los elementos esenciales para su existencia o alguno de ellos padece de vicio grave; y acto anulable cuando reuniendo todos sus elementos esenciales, alguno de ellos adolece de un vicio leve o no fundamental.

Sobre este análisis, podemos afirmar que este sistema de invalidez (nulidad absoluta y nulidad relativa) surge de las consecuencias jurídicas que la L.N.P.A. ha atribuido a los distintos vicios cada vez que afectan a los elementos del acto administrativo contemplados en los arts. 7 y 8. Así, el error, el dolo y la violencia son vicios de la voluntad y la falta de ella es un vicio en la existencia y validez del acto; la incompetencia, es el vicio de la competencia; la falta de causa o hechos falsos son vicios en la causa; la violación a la ley o la incertidumbre o imposibilidad física del acto son vicios en el objeto; la violación de las formas esenciales es el vicio en el procedimiento, en la motivación y en la forma propiamente dicha; la violación en la finalidad como la desviación de poder o la irrazonabilidad son vicios en el fin del acto.

No obstante de lo dicho, hay otro sector de la doctrina argentina que relaciona la invalidez del acto administrativo con la afectación al *interés general* y no con la afectación a los elementos esenciales del acto. En esta posición está Cassagne, quien parte de que el *interés general* se halla incurso en todos los supuestos de invalidez del acto administrativo, por eso un acto se convierte en nulo de nulidad absoluta cuando ha violado el orden público. Según este jurista es un tipo de interés general más intenso y jurídicamente más protegido que el principio de la conservación del acto en "(...) virtud de que al afectarse gravemente el principio de legalidad que rige la actividad

administrativa, se considera violado el orden público,"⁴ señalando que acto es nulo porque es indisponible para las partes a quienes afecta, debido a que rebasa la esfera de su propio interés y afecta al interés general.

En el mismos sentido está Hutchinson, para quien la nulidad de un acto administrativo es un sanción ante la irregularidad generada por el incumplimiento del acto con la sumisión al Derecho; es decir, para dicho jurista el principio de legalidad es el fundamento de la nulidad de un acto, porque "inherente a este principio está la sanción a su incumplimiento, pues no puede concebirse un mandato legal —en sentido amplio- sin una pena para sus infractores"⁵, y a esto le agrega que la teoría de las nulidades del acto debe conciliar con el interés general, el de los particulares y de los terceros; en consecuencia, deberían existir multiplicidades de nulidades como irregularidades que vicien los actos administrativos. En tal efecto, para Hutchinson la falta de un requisito esencial, como sostiene Comadira, no siempre define al acto como nulo absoluto ya que "el elemento esencial que determina la gravedad de la sanción no es solamente la gravedad del vicio, sino también la importancia del interés de que se trata".

Por otro lado, la posición de la Corte Suprema respecto al régimen de invalidez de los actos administrativos es la misma de la doctrina mayoritaria, quien ya se había pronunciado antes de la sanción de la L.N.P.A afirmando que: "las nulidades en el Derecho Administrativo, como en el Derecho Civil, se consideran respecto de los distintos elementos que concurren a la formación del acto"; por lo que para la Corte "(...) la omisión del recaudo sustancial previsto en la ley (...) sólo puede (...) dar lugar a la nulidad absoluta del acto". En consecuencia, para la Corte existe una vinculación estrecha entre la validez del acto administrativo y la concurrencia de sus elementos esenciales sin vicios en el momento de su formación. Avanzando en el tiempo, encontramos que actualmente la posición de la Corte se mantiene en el mismo sentido.

Por nuestro lado, compartimos la postura de la doctrina mayoritaria y de la Corte, para señalar que el régimen de invalidez de los actos administrativos se basa en la estrecha vinculación de los elementos esenciales del acto administrativo con la gravedad de los vicios, afectando al obrar de la Administración Publica y volviendo ineficaz al acto.

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo II, 2003, p. 151.

⁵ HUTCHINSON, Tomás, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales", Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 287. ⁶ Ibídem, 288.

⁷ Corte Suprema de Justicia, "S.A. Ganadera Los Lagos", Fallos: 190:142, 30/06/1941.

⁸ Corte Suprema de Justicia, "Borgo, Hermes, F.", Fallos: 308:108, 30/06/1941; Corte Suprema de Justicia, "Cabanas, Ramón", Fallos: 311:160, 23/02/1988; Corte Suprema de Justicia, "Tecnobra S.A.", Fallos: 3016:1729, 20/04/198.

1.2.2. La nulidad absoluta.-

El "acto nulo" es el "acto irregular" considerado así en términos del art. 17 de la L.N.P.A. para efectos de su extinción. Como bien lo venimos definiendo, es aquél que carece de alguno de sus elementos esenciales (v. gr.: competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y forma) o que alguno de ellos padece de un vicio grave, lo que genera que el acto sea afectado de nulidad absoluta. De que aquí que, "acto nulo" es lo mismo que decir "acto nulo de nulidad absoluta" o "acto irregular".

Como ya mencionamos anteriormente, previo a la regulación de la L.N.P.A., la Corte Suprema de Justicia sostuvo varios criterios respecto de lo que comprendía por acto nulo de nulidad absoluta, pero siempre vinculándolo con los elementos esenciales del acto administrativo. En primer lugar sostuvo que el acto es nulo de nulidad absoluta cuando el acto vulnera o lesiona el orden público, esto ocurre cuando viola disposiciones de carácter constitucional.⁹ En estos casos se estaría afectando los elementos: competencia y objeto. Posteriormente, la Corte amplió su visión, y dijo que un acto es nulo de nulidad absoluta cuando el acto lesiona directamente el interés público. Este tipo de lesión se relaciona con el elemento finalidad del acto administrativo, ya que ésta jamás puede resultar dañosa para el interés público, bastando que no la lesione¹⁰. La Corte Suprema también afirmó que un acto es nulo de nulidad absoluta cuando contravenga aquellos requisitos de carácter formal prescritos por leyes y reglamentos; es decir, respecto de normas sobre competencia, objeto, finalidad y formas de las que debe hallarse revestido. ¹¹ En conclusión, es evidente que durante este periodo, para el Alto Tribunal, un acto administrativo es nulo de nulidad absoluta cuando es producto de una grave ruptura del vínculo de conectividad que existe entre cada uno de sus elementos esenciales (art. 7 L.N.P.A.) y el ordenamiento jurídico que establece los requisitos para su validez y eficacia.

Por lo tanto, el acto es nulo por falta de un elemento esencial o porque está gravemente viciado, ya que la Administración Pública, tanto en la etapa de preparación como en la de su emisión inobservó los requisitos prescritos por las leyes y reglamentos que condicionan al acto para su validez y eficacia *ergo* el acto es ilegítimo.

Cabe indicar en este momento, aunque más adelante desarrollemos en este trabajo que, no todo acto nulo de nulidad absoluta es inconstitucional, pero en ciertas ocasiones puede serlo, como cuando el acto administrativo de alcance individual a más de ser un acto ilegítimo viola derechos fundamentales, adolece de irregularidades

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 190, páginas 151, 153 y 156; tomo 250, páginas 501 *in re* "Blas Cáceres Cowan y otros s /recurso de amparo".

 $^{^{10}}$ Fallos, tomo 179, páginas 276-277, *in re* "Empresas Constructora F.H. Schmidt S.A. c. Prov. Mendoza s/cobro de pesos"

¹¹ Fallos tomo 190, páginas 151-152.

provenientes de violaciones a la normativa constitucional, inobserva el principio de supremacía constitucional o desconoce y lesiona el contenido de la Constitución.

1.2.3. La nulidad manifiesta.-

En el fallo "Constructora Schmidt", la Corte Suprema aceptó por primera vez la "nulidad manifiesta" al referirse a la nulidad que aparecía de la simple lectura de un contrato en el que se omitió el requisito de la licitación exigido por la Constitución de una provincia, y dijo: "Es manifiesta porque aparece de la lectura del contrato mismo, confrontado con los antecedentes de la licitación que le sirvió de base" y es absoluta, porque la violación de las formalidades sustanciales de aquella afectaba directamente al interés público, y por ello podía ser invocada por el Ministerio Fiscal y aun declarada de oficio por el juez.

Sin embargo, posteriormente la Corte en el fallo "S.A. Ganadera Los Lagos" negó el control de oficio (habilitado por el art. 1047 del C.Civ.Com. de Vélez) cuando hay nulidad manifiesta, con fundamento en la presunción de validez del acto que hace "siempre necesaria una investigación de hecho" para determinar su nulidad, usando los términos del entonces art. 1045 del Código Civil, postura que fue invocada en su momento por la Doctrina para negar asimismo la existencia de la nulidad manifiesta en el Derecho Administrativo (Diez, Spota, Gordillo). Con estas palabras, la Corte incurrió en una excesiva generalización inadecuada, como señaló Marienhoff, porque ante una nulidad manifiesta, la presunción de validez del acto administrativo cede o cae, por lo que la investigación de hecho y la pertinente prueba son innecesarias, ya que quedan suplidas por lo manifiesto de la nulidad, cuya existencia resultará de la simple lectura del acto y cuyos caracteres ilegítimos le serán revelados al intérprete por su conocimiento integral del Derecho. 13

Pese a esta estas circunstancias, lo cierto es que la "nulidad manifiesta" no surge de la L.N.P.A. sino de la propia Constitución, cuando el art. 43 se refiere a ciertos "actos" portadores de una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Asimismo fue reconocida por la Corte en el fallo "Pusltenik" al abandonar la vieja doctrina del fallo "Ganadera Los Lagos" y cuando la Ley 16.986 sobre la acción de amparo hizo que en el

¹² Corte Suprema de Justicia, Prov. de Mendoza v. Empresa Constructora Schmidt S.A." del 24/11/1937, Fallos: tomo 179, págs. 276-277.

¹³ MARIENHOFF, M. "Tratado de Derecho Administrativo", Ob. Cit., p. 478.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, "Pustelnik, Carlos", Fallos 293:133. Así también lo sostuvo la Sala 4ta° de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en el caso "Villalonga Furlong S.A". el 8 de abril de 1999.

orden nacional se configurara un fuerte fundamento normativo a favor de la tesis que postula la existencia de nulidades manifiestas en el Derecho Administrativo¹⁵.

Ahora bien, la "nulidad manifiesta" es una clase de invalidez de los actos administrativos que se caracteriza por el carácter ostensible, notorio y evidente del vicio que afecta a la validez del acto. Es un error decir que el vicio ostensible es un dato de esencia de la nulidad absoluta, porque ella no se sustenta en el carácter notorio del vicio sino en la inexistencia de los elementos o en la gravedad del vicio que puede ser manifiesta o no manifiesta.

1.2.3.1. El acto administrativo de alcance individual inconstitucional: ¿El acto nulo absoluto con vicio grave y manifiesto o con manifiesta inexistencia de un requisito esencial, es un acto administrativo de alcance individual inconstitucional?.-

Anteriormente, afirmamos que no todo *acto nulo de nulidad absoluta es inconstitucional;* es decir compartimos la posición de nuestro profesor Sammartino, la para quien no basta que el acto exhiba un vicio grave y patente o la manifiesta inexistencia de un elemento esencial para ser inconstitucional, sino que deberá además lesionar de manera palmaria e incuestionable el contenido sustancial de algún derecho reconocido en el bloque constitucional y en los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos o violar normativa constitucional, la comprometiendo de modo directo y concreto a la supremacía de la "Constitución convencionalizada." la comprometiendo de modo directo y concreto a la supremacía de la "Constitución convencionalizada."

¹⁵ El art. 1 de la Ley 16.986 (Ley de Amparo) erige como uno de sus presupuestos para la procedencia de la acción de amparo, la existencia de un acto que con *"arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta"* afecte un derecho o una garantía constitucional.

¹⁶ SAMMARTINO, Patricio, "Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional del derecho", 25.

¹⁷ Es decir, el acto administrativo incumple con las exigencias legales de la L.N.P.A., establecidos en los arts. 7 y 14, que hacen a la validez del acto administrativo.

¹⁸ En este mismo sentido, Cassagne realizó una observación al respecto, diciendo que el acto nulo portador de una nulidad manifiesta, va "en un plano mucho más amplio que la nulidad absoluta pero, al mismo tiempo, también más acotado, al limitarse a los actos que sean lesivos de los derechos y garantías constitucionales, siempre que dicha lesión se lleve a cabo con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, lo que, además, despoja al acto administrativo de la presunción de legitimidad". Compartiendo esta observación, decimos que el acto nulo que lesiona de manera ostensible un derecho fundamental a más de ser inconstitucional cumple una importante función en favor del Derecho Administrativo, y es que evita ejecutar actos administrativos inconstitucionales, tomando en cuenta la regla de la ejecutoriedad de los mismos; y la conservación del principio de legalidad.

¹⁹ Nos acogemos al término de "Constitución convencionalizada", perteneciente a Néstor Sagüés, porque creemos que con este término la Constitución es concebida de manera más íntegra y no sólo como un instrumento de nomas, ya que se trata de una Constitución acorde con el Pacto San José de Costa Rica y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dejando a un lado la visión de una "Constitución autista". SAGÜÉS, Néstor, "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad a propósito de la "Constitución Convencionalizad", Trabajo inserto en el programa de

Esto se debe a que en un "Estado Constitucional Social de Derecho" como Argentina, los "derechos fundamentales" al ser los "derechos humanos positivizados", 20 según propone el profesor P. Sammartino, operan como normas jurídicas supremas que limitan el desarrollo de la función administrativa, y al estar expresamente consagrados en el texto constitucional deben ser la primera instancia de observancia por parte de los órganos al emitir un acto administrativo de alcance individual; en consecuencia, cualquier acto administrativo que viole la Constitución está viciado de inconstitucionalidad. De igual manera sucede en un "Estado de derechos" como el Ecuador, donde incluso existe norma constitucional expresa (art. 8421) que dispone que los derechos que reconoce la Constitución son el límite de los actos del poder político, de tal manera que todo el aparato instrumental del Estado ecuatoriano está al servicio de los derechos fundamentales, a su promoción, protección y garantía, convirtiéndose en Estado garantista.

El principio de la supremacía de la Constitución garantiza la eficacia de los derechos constitucionales y, por otro lado, pone freno a la actividad del poder, exigiendo que todos los actos de autoridad pública guarden conformidad con los mandatos que la inspiran,²² porque la Constitución es la norma fundamental o suprema de un ordenamiento jurídico. Como resultado de la aplicación de este principio, se hace posible entender que todo acto administrativo de alcance individual está en la obligación de adecuar formal y materialmente su contenido a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades; caso contrario, la violación a la "supremacía constitucional", sería el primero y más significativo vicio que afecta la validez de un acto administrativo de alcance individual convirtiéndolo en inconstitucional.

investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina, Ed. Porrura, México, 2013, p. 152, en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32257.pdf, (disponible el 27 de marzo de 2016).

²⁰ SAMMARTINO, Patricio, *Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional del derecho*", en revista El Derecho Administrativo, 20114-724, p. 16.

²¹ **Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador.-** La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución

No constituye justificación válida para la Administración Pública emitir un acto administrativo de alcance individual violatorio de la Constitución resguardado en la tesis del respeto a otras normas –legales o incluso administrativas- por cuanto es imperativo para todo funcionario, de acuerdo al "principio de juridicidad", plantearse como primer y único fin la realización efectiva de los derechos fundamentales y otorgar preferencia a la norma constitucional en todos los casos incluso cuando existe incompatibilidad entre ésta y alguna otra norma.

Para nuestra opinión, un acto administrativo de alcance individual es inconstitucional cuando es incompatible con la Constitución de manera dogmática y orgánica. Es decir, dogmáticamente cuando viola ostensiblemente de forma directa y concreta los derechos o garantías que conforman el bloque de constitucionalidad; y, orgánicamente cuando viola directamente los principios rectores e inspiradores de la Constitución, incluso su preámbulo y transgrede las competencias constitucionales otorgadas a autoridades, que son cuestiones de puro derecho y de orden público, donde no hay duda que la lesión manifiesta e inconstitucional hace que el acto administrativo de alcance individual pierda su presunción de validez y no requiera de una investigación de hecho, porque como dice Marienhoff, no sería posible seguir presumiendo la perfección de un acto cuando su invalidez surge a la vista. ²³De esta manera, la lesión trasciende la ilegalidad del acto para configurarse en una inconstitucionalidad que lleva consigo una declaratoria de inconstitucionalidad de oficio para excluirlo del orden jurídico.

Por nuestra parte agregamos que también un acto administrativo de alcance individual es inconstitucional cuando inobserva la interpretación jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que a partir de los casos "Mazzeo" y "Almonacid Arellano" la Corte Suprema argentina estableció como un deber jurídico fundamental de la función administrativa, que la estructura y la finalidad de los actos administrativos y leyes no sólo deben ser conformes a la Constitución y al derecho interno, sino también deben proteger la dignidad humana y por ende los derechos fundamentales que son inherentes a ella, porque a partir del Estado Constitucional Social de Derecho y la interpretación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos surge el principio de la dignidad humana.

En conclusión, tratamos de ampliar la clasificación tradicional bipartita del régimen de invalidez del acto administrativo, y proponemos que la inconstitucionalidad, por ser la más grave irregularidad que afecta la validez de un acto, sea considerada como otro vicio más, que convierte al acto en ineficaz *ab initio*; y por ende, deba ser expulsado del orden jurídico.

²³ Ibídem. 478

²⁴ Corte Suprema de Justicia, "Mazzeo", considerando 21 del 13 de julio de 2007, en JA 2007-III573.

²⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", parág. 124, del 26 de septiembre de 2006.

CAPÍTULO SEGUNDO

El control constitucional de oficio del acto administrativo de alcance individual

2.1. Posiciones frente al control constitucional de oficio.-

Una vez que en el capítulo anterior reconocimos que el acto administrativo de alcance individual puede ser inconstitucional; cabe analizar de qué manera este tipo de actos pueden estar controlados constitucionalmente, para lo cual creemos que es importante conocer las diferentes posiciones del control constitucional de oficio de leyes y normas contrarias a la Constitución, para poder extraer los suficientes argumentos y proponer el habilitamiento del control constitucional de oficio sobre actos administrativos inconstitucionales de alcance individual, ya que lo que nos interesa aquí no es debatir las diferentes posiciones que hubieron, sino proponer un mecanismo de control constitucional idóneo para resguardar la supremacía constitucional en los actos administrativos de alcance individual.

2.1.1 La posición de la Corte Suprema de Justicia respecto al control ex officio.-

Durante los primeros ochenta años de existencia de la Corte, aparecieron los primeros criterios a favor del control constitucional de oficio. La Corte Suprema integrada por Salvador María del Carril, Francisco Delgado, José Barros Pazos y José Benjamín Gorostiaga, en el fallo "Vicente Casares e Hijos c/ Sívori y Schiaffino por Cobro de Derechos de Faros" del 17 de febrero de 1872 confirmó los fundamentos de la sentencia del juez de Sección, Dr. Manuel Zavaleta que en uno de sus considerandos decía:

"aunque no se haya opuesto la excepción de inconstitucionalidad del impuesto establecido por el contrato de noviembre de 1856 y en el que se funda la presente demanda, declarar en el caso la obligación de abonarlo sería dar eficacia a actos inconstitucionales con violación de la ley suprema que todos deben actuar, conspirando contra uno de los objetos de la justicia nacional, y proceder contra el art. 3 de la ley del 16 de octubre de 1862 sobre Justicia Nacional²⁷, porque la Constitución de Buenos Aires, antes de organizarse definitivamente la unión nacional, era tan suprema en el territorio donde regía, como lo es actualmente la Nacional (...)".

Posteriormente en el fallo "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo" de 1888, la Corte declaró que la ley de expropiación del 31 de octubre de 1884 era contraria a la Constitución y por lo tanto, no debía ser aplicada al caso sin que existiera una petición concreta de la demandada en ese sentido (*v.g.* Considerando Segundo). ²⁸ En este fallo,

²⁷ El art. 3 de la Ley N°. 27 dice: "Unos de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella" (R.N: 1857-1862, p. 496)

²⁶ Fallos 11:257.

²⁸ En el "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo", lo que más se aproxima a la declaración de oficio de inconstitucionalidad está en el Considerando Vigésimo Quinto, cuando sostiene que la atribución de los jueces para examinar si las leyes están conformes a la Constitución "es por otra parte un derivado forzoso de la separación de los Poderes Constituyente y Legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último, se halla especialmente consagrada por

la Corte presentó los criterios que soportan la convicción de un control de oficio y el deber de los jueces de ejercerlo²⁹. En definitiva, sin perjuicio del fallo citado y como bien dice Alberto Bianchi,³⁰ durante estos años nada dijo la Corte de manera específica respecto a una aceptación del control de oficio, pero empleó varios criterios a favor del mismo.

Es decir, en un principio, con anterioridad al fallo "Ganadera Los Lagos", el control de oficio de las leyes se aplicaba de manera directa, pero con la llegada de la jurisprudencia de 1941 sentada en el fallo "Ganadera los Lagos", la Corte negó esta forma de control, y estableció que esta procedería únicamente a petición de parte en mérito del riesgo a la pérdida del equilibrio de los poderes del Estado, el atentado contra la presunción de validez de los actos estatales; y, la lesión al derecho de defensa, sin importar que el acto pudiera exhibir un vicio ostensible, ya que toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser solicitada, alegada y probada en juicio por las personas a quienes el acto afecte; así como cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías individuales.³¹Esto era una consecuencia

las leyes del 16 de octubre de 1862 y 14 de septiembre de 1873", la primera de las cuales declara, que: "Uno de sus objetos (de la justicia federal) es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella", y la segunda, que: "Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, como ley suprema de la nación, las leyes que haya sancionado o sancionare el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales, que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes... en el orden establecido". Que por consiguiente, aunque no haya una línea precisa que deslinde y distinga lo que es utilidad pública de lo que no lo es, a los efectos del ejercicio del derecho de expropiación, lo cual exige, sin duda, que se acuerde en todos los casos, la mayor deferencia al juicio y declaraciones del Congreso a tal respecto, toda vez, sin embargo, que aquel cuerpo claramente exceda los límites de su atribución constitucional, los tribunales están en el deber de ejercitar su acción en protección y garantía del derecho individual agredido y de la propiedad tomada fuera de las formas autorizadas por la Constitución"

²⁹ El Tribunal dijo: "es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora de uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. Tal atribución, que es, por otra parte, un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyentes y legislativo ordinario que hace la Constitución".

³⁰ BIANCHI, Alberto, "Control de Constitucionalidad", tomo I, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 323.

³¹ Fallo "Ganadera los Lagos c/ Gobierno Nacional", 190:149 de 1941: La Corte en dicho fallo instauró esta regla general de la siguiente manera: "Que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de poder, la que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del poder judicial la

natural de la aplicación del art. 2 de la ley 27.³² Incluso para esta época la declaración de oficio de inconstitucionalidad era vista como una causal de arbitrariedad en relación con el fallo donde ello ocurriese, tornándose cuestionable por medio del recurso extraordinario.³³

También a partir del fallo "Ganadera Los Lagos" de 1941, la Corte señaló que las reglas de las nulidades de los actos jurídicos del Código Civil (art. 1047 del Código Civil) constituyen una construcción jurídica basada en justicia para ser aplicadas en el acto administrativo de forma analógica, pero con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia del Derecho Administrativo.

Pero en 1972, la L.N.P.A. estableció el régimen de invalidez propio de los actos administrativos, por lo que la aplicación analógica de "Ganadera Los Lagos" respecto a las normas civiles relativas al acto administrativo devino innecesaria e improcedente. Aunque cabe aclarar que ninguna previsión normativa de la L.N.P.A. faculta a los jueces a declarar de oficio la invalidez de un acto administrativo contrario a la Constitución.

oportunidad de examinar, o pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución nacional. Como lo ha dicho Cooley, es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren relativamente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegitimidad. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución se habrá roto por la absorción del poder judicial en desmedro de los otros dos."

"Que la solución es aun más clara en el derecho público. El decreto de cuya nulidad se trata es un acto administrativo, o sea un acto de autoridad emanado del P.E. que determina lo que para el actor debió ser el derecho en la materia de que aquél trata (Mayer, t. 1 & 8, pág. 119). En esa calidad posee respecto de la persona a quien afecta la misma fuerza obligatoria ínsita en la ley, salvo la diferencia esencial de faltarle su generalidad; opera en relación al caso individual en forma semejante a las sentencias judiciales y es así la exteriorización de una jurisdicción administrativa especial creada por ser indispensable a la realización del gobierno.

Esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio; así sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías individuales.

Que estos principios y garantías han sido consignados en la Constitución Nacional, precisamente para proteger a los habitantes contra los abusos siempre posibles de los gobiernos, sin que tales abusos pierdan su carácter o queden validados a causa del medio elegido para realizarlos. Tampoco la doble instancia de que la nulidad de tales actos no puede declararse de oficio por los jueces a mérito de la presunción de validez que los acompaña, y de que ella deba solicitarse sólo por las personas a quienes el acto afecte, son suficientes para que se cambie la naturaleza de la nulidad convirtiendo la calidad absoluta de ella por otra confirmable o relativa."

³² El art. 2 de la Ley 27 establece: "La Justicia Nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce la jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte."

³³ SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho Procesal constitucional", citado por SAMMARTINO, Patricio, "Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho", tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 454.

La postura prohibitiva del control de oficio duró hasta 1984, año en el que la Corte, el 24 de abril mediante la sentencia "Juzgado de Instrucción Militar N°50" (Fallo: 306:303) aceptó la declaración de oficio al tratarse de cuestiones de competencia y jurisdicción. Fue un caso donde se planteó un conflicto positivo de competencia entre un tribunal militar y un juez de instrucción de la ciudad de Rosario, quien para fundar su competencia declaró de oficio la inconstitucionalidad de los artículos 108 y el inc. 2 del Código de Justicia Militar y 10 de la ley 23.049. La postura a favor del control de oficio viene de la disidencia del voto de los señores jueces Carlos S. Fayt y Augusto C. Belluscio que se apartó de la doctrina consagrada en "Ganadera Los Lagos" y sostuvo:

"Es exacto que los tribunales judiciales no puedan efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Más de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las parte no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curiaincluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional y desechando la de rango inferior. De dicha disposición deriva la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales o provinciales, de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto y la significación de la Constitución para averiguar si guardan conformidad a ella, absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición; facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente no puede estar supeditada al requerimiento de las partes" 34 (considerando 4°).

Entonces, fue a partir de 1984, que eran básicamente las disidencias de los fallos las únicas que empezaron a marcar la diferencia aceptando el control constitucional de oficio como un deber esencial de los jueces de mantener la supremacía de la Constitución que no avasalle los otros poderes, como es la disidencia del Dr. Fayt en el fallo "Peyrú", donde la mayoría en ese caso sostuvo que por no oponer el actor la inconstitucionalidad como defensa, la Corte no la declaró, aplicando una norma nula, contrariando su propia jurisprudencia quien consideraba a aquella ley inválida e inaplicable por ser contraria a la Constitución, a pesar de que la Corte en varias ocasiones ya había declarado inconstitucional la ley aduanera que actualizaba multas.

A partir del 2001, luego de setenta años de predominio de la doctrina del fallo "Ganadera Los Lagos", con el fallo "Mill de Pereyra" y con votos de la mayoría (Fayt, Belluscio, Boggiano y Vásquez) la Corte asumió una posición definitivamente favorable al control constitucional de oficio de normas legales y reglamentarias, sustentándose en el "deber de los jueces de mantener la supremacía de la Constitución aplicando en caso

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Fallos 306:303, voto en disidencia de los doctores Fayt y Belluscio en "Inhibitoria planteada por el juzgado de Instrucción Militar No. 50 Rosario".

³⁵ Fallos: 310-1401; L.L., 1987-E-597.

de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir la constitucional, desechando la de rango inferior". Hay otro aspecto que destacar en este fallo, y es que para la Corte, previo a proceder con la declaración de oficio, basta que haya habido suficiente oportunidad de defensa a los litigantes para no violar el ejercicio de su derecho de defensa en juicio, sin que se exija ningún acto formal al tribunal, como por ejemplo un traslado previo.

Siguiendo esa línea, hoy en día, la posición mayoritaria de la Corte dicta a favor del control constitucional de oficio de leyes, que está consolidada en los fallos: "Banco Comercial de Finanzas"³⁶ (2004), "Lapadú"³⁷ (2004), "Simón"³⁸ (2006), "Rodríguez Pereyra" (2012), y recientemente se reafirmó pero con limitaciones en el fallo "Mansilla (2014).

2.1.2 La posición de la jurisprudencia internacional respecto al control *ex officio*.-

La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema descrita en el acápite anterior se complementa con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH"). Así por ejemplo, en el fallo "Almonacid Arellano" la CIDH determinó como deber de los jueces nacionales ejercer el "control de convencionalidad" aun de oficio, ordenando que se compatibilicen las normas del derecho interno no sólo con la Constitución sino también con el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre (en adelante "CADH") y con la jurisprudencia de la CIDH, por ser el último intérprete de la CADH.

Una vez que el Estado argentino reconoció la competencia de la CIDH para la interpretación y aplicación de la CADH en el art. 75 de la C.N. y art. 2 de la Ley 23.054, la Corte Suprema en el fallo "Giroldi" y posteriormente en el fallo "Mazzeo" introdujo en el orden local el "control de convencionalidad" que además de incluir las normas indicadas en el párrafo anterior, también incluye la interpretación que de ella realiza la CIDH.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, "Banco Comercial de Finanzas S.A. s/quiebra", Fallos 327:3117 de 19 de agosto de 2004, (consids. 3° y 4°)

³⁷ Corte Suprema de Justicia, "Lapadú, Oscar E. c/Estado Nacional (Dirección Nacional de Gendarmería) s/ daños y perjuicios, Fallos 327:5723 de 23 de diciembre de 2004, (consid. 2°).

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Fallos: 328:2056, 14/6/2005; JA 2006-III-350 en SAMMARTINO Patricio, "Amparo y Administración....", Ob. Cit. p. 455.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Almonacid Arellanos y otros vs. Chile", párag. 124, del 26/9/2006.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n. 32/93", 7/4/1995.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, "Mazeo", consid. 21, del 13/7/2007.

Por lo tanto, resulta evidente que todo cuanto se refiere al control de convencionalidad que dispone la CIDH está íntimamente conectado con el control de oficio de constitucionalidad. Esta conexión, dice Sagüés, se refleja cuando es posible aplicar una norma nacional que ha superado consecutivamente los dos controles. En efecto, el jurista dice que el juez local debe realizar una interpretación de su Constitución conforme al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la CIDH, de tal forma que el control de constitucionalidad se lleve a cabo a partir de una Constitución convencionalizada; es decir, "(i) de una Constitución nacional depurada de sus elementos inconvencionales; y (ii) además, conformada o reciclada según el Pacto mencionado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana". Es así como debe preceder el control de constitucionalidad al control de convencionalidad, y el juez debe partir de la Constitución convencionalizada, ⁴² pues ambos instrumentos trabajan siempre de forma consecutiva.

2.1.3 La posición de la normativa vigente respecto al control ex officio.-

Al contar con la regulación del régimen de invalidez de los actos administrativos en la Ley en 1972, la Corte Suprema señaló que es innecesaria la aplicación analógica de las normas de invalidez de los actos jurídicos del Código Civil en el Derecho Administrativo; sin embargo, el art. 1047 del antiguo C.Civ.Com. (hoy en día derogado) que establecía que: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto" fue de aplicación directa sobre los actos administrativos de nulidad absoluta y manifiesta durante el periodo previo⁴³ a la doctrina del fallo "Ganadera Los Lagos".

Hoy en día, la única normativa vigente que habla del control de oficio de los actos jurídicos es el art. 387 del nuevo C.Civ.Com., proveniente del sustituido art. 1047, y que establece que: "La nulidad absoluta puede declarase por el juez, aun sin mediar

⁴²SAGÜÉS, Néstor, "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad a propósito de la "Constitución Convencionalizad", trabajo inserto en el programa de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina, Porrurá, México, 2013, p. 152, en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32257.pdf, (disponible el 27 de marzo de 2016).

⁴³ Así en el *leading case* del caso "Empresa Constructora P.H. Schmidt" de 1937 (Corte Suprema de Justicia, Prov. de Mendoza v. Empresa Constructora Schmidt S.A." del 24/11/1937, Fallos: tomo 179, pp. 276-277.), antes de la vigencia de la L.N.P.A, la Corte Suprema entendió que se debía declarar la nulidad de oficio del contrato de obra pública, donde la nulidad aparece de forma "manifiesta" en la forma y competencia -por la simple lectura del contrato-, en el que se había adjudicado a una empresa que había introducido modificaciones de importancia en su oferta; que falseaban las bases de la licitación y quebrantaban el principio de igualdad entre los licitantes, quedando por ende desvirtuado el procedimiento licitatorio, que es garantía para el interés público. En tal efecto, la Corte dijo: "*Es manifiesta porque aparece de la lectura del contrato mismo, confrontado con los antecedentes de la licitación que le sirvió de base*" y es absoluta, porque la violación de las formalidades sustanciales de aquella afectaba, directamente al interés público y, por ello, podía ser invocada por el Ministerio Fiscal y aun declarada de oficio por el juez.

petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción". El texto de este artículo recoge en cierta manera el sentido del derogado art. 1047 del Código de Vélez Sarsfield, pero se complementa con precisiones recogidas por la doctrina. Es decir, se puede ver que el art. 387 del nuevo C.Civ.Com. faculta ("puede") al juez a declarar la nulidad absoluta del acto jurídico pero no lo obliga; a diferencia del art. 1047 del C.Civ. de Vélez, que le impone al tribunal el "deber" de declarar de oficio la nulidad.

2.1.4 La posición de la doctrina respecto al control ex officio.-

En cuanto a la doctrina, autores como Marienhoff y Gordillo han negado la posibilidad de que los jueces puedan ejercer el control de oficio. Así por ejemplo, la postura de Marienhoff nace con lo dicho por la Corte Suprema en el caso "Ganadera Los Lagos" y se enfatiza en que la nulidad de los actos administrativos debe ser solicitada por las personas a quienes el acto afecte⁴⁵ debido a la presunción de legalidad de los mismos.

También está Gordillo, quien afirma que la declaración de oficio de la nulidad de los actos administrativos es inconcebible porque niega el acceso a la tutela judicial efectiva de los particulares, y porque "los actos administrativos se presumen válidos y por lo tanto los jueces no pueden, en ningún caso anularlos de oficio."⁴⁶

El jurista J. Comadira⁴⁷ contra argumentó las anteriores posturas y la de la Corte, señalando que el fundamento para la inviabilidad de la anulación oficiosa no es la presunción de legitimidad del acto ni la violación al derecho de defensa, sino el principio de la división de poderes. Sin embargo, fuera de este argumento, Comadira sostiene que el actuar oficioso del juez es viable cuando la "*invalidez es absoluta y manifiesta*" por el principio *iura novit curia*, donde el juez no está sujeto a ninguna petición de las partes o que ellas prueben lo que dicen las normas, porque el juez conoce el derecho aplicable. Además, señala que si el art. 1047 del viejo Código Civil argentino

⁴⁴ Para un tratamiento del tema véase en ToBíAS, José W., "*Código Civil Comentado. Tratado Exegético*", Tomo II, Arts. 225 a 400, La Ley, 2015, p. 1022.

⁴⁵ Fallos, tomo 190, página 154; además, página 156.

⁴⁶ GORDILLO, Agustín, "Acto Administrativo", 2da. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 346.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S.A. Ganadera Los Lagos c/Nación Argentina s/nulidad de decreto", tomo 190, pág. 142 y 150-151; Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Almacenajes del Plata S.A.", Fallos 301:292. No cabe revisar de oficio la legitimidad de actos administrativos, ni resolver las causas prescindiendo de lo que ellas disponen, en tanto no ha mediado impugnación y debate sobre su invalidez)C.N.C.A.F., Sala IV, 12 /05/88, "Sonis" J.A., 1990-I-586); dado el carácter revisor del juicio contencioso administrativo, la actora debió alegar y acreditar la invalidez de las razones que motivaron el acto (C.N.A.C.F. sala III, 8/7/89, "Necón S.A.".

establecía el deber del juez de declarar de oficio la nulidad cuando era absoluta y manifiesta, con mayor razón también se debe valer de esta conclusión para aplicarlo en los actos administrativos con vicios nulos y manifiestos. Creemos que esta postura de Comadira, es un aporte a la doctrina, porque amplía las posiciones tradicionales de quienes mantienen la prohibición del control de oficio de la nulidad.

Por otro lado, está la postura a favor del control de oficio de un acto administrativo, entre ellos mencionaremos a Cassagne y Hutchinson. De Cassagne podemos señalar que no sólo admite la "declaración de oficio de la invalidez" de un acto o contrato administrativo, sino también plantea literalmente el "control ex oficio de constitucionalidad"⁴⁸, siendo para nosotros un nuevo aporte, porque de lo que hemos revisado en la doctrina y jurisprudencia la mayoría identifica la declaración de oficio de la nulidad de los actos administrativos y no la de inconstitucionalidad.

Para Cassagne, las razones que sustentan la inviabilidad de la declaración de oficio son insensatas; en primer lugar, porque carece de sentido que se limite la potestad jurisdiccional de los jueces en un sistema judicialista o de control difuso, cuando el principio *iura novit curia* obliga a los jueces velar por la legalidad y la constitucionalidad de los actos administrativos emanados de los poderes del Estado en ejercicio de su función administrativa, incluso de las entidades descentralizadas. Por el contrario, para el jurista, el control de oficio viene a ser una herramienta para que el juez que no altera el principio de la división de poderes ni la independencia del poder judicial, sino más bien los reafirma -lo acompaña en este criterio Alberto Bianchi-⁴⁹.

Con respecto al criterio de que el control de oficio lesiona la presunción de legitimidad de los actos administrativos, Cassagne, señala que dicha presunción es *iuris tantum*, y por ende no es absoluta; por lo tanto, esta característica no exonera al acto del control de oficio. Al igual que Bianchi y acudiendo a la opinión de Cooley⁵⁰, Cassagne también piensa que previo al control de oficio debe existir una causa judicial o conflicto promovido por la Administración Pública o por el particular afectado, para que dentro de ella los jueces puedan ejercer dicho control.

Contra el tercer argumento, que es la afectación al derecho de defensa en juicio de las partes, Cassagne, asegura que es posible no vulnerarlo siempre que se conceda un

⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, "*Derecho Administrativo*", tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 152 v ss.

⁴⁹ BIANCHI, Alberto, "Control de Constitucionalidad", en Juan Carlos CASSAGNE, "Derecho Administrativo", Ob. Cit., p. 153

⁵⁰ El juez norteamericano Cooley, sostuvo que para que el Poder Judicial procediera a efectivizar la declaración de inconstitucionalidad, "es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados."

traslado al particular antes de la sentencia, como lo sostiene también Vanossi,⁵¹ así las partes podrán defenderse o atacar la constitucionalidad o invalidez del acto.

Hutchinson,⁵² es otro de los juristas que presenta una postura a favor del control de oficio, para quien la ineficacia de la nulidad absoluta de un acto administrativo es la razón principal para que los jueces la aprecien de inmediato, y por el principio de legalidad objetiva la declaren de oficio, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo.

Para Hutchinson no se lesiona la teoría de la separación de poderes, porque todos los jueces tienen el deber de controlar la legitimidad de los actos administrativos. Caso contrario, si el juez no procedería de oficio, estaría ordenando la ejecución de un acto que es ilícito o de imposible cumplimiento, lo cual es inadmisible, ya que estas sentencias serían írritas.

Hutchinson discrepa con Gordillo respecto a la lesión a la presunción de legitimidad de los actos, porque dice que no hace falta que la nulidad sea alegada, ya que en el momento que el juez tenga un acto nulo bajo su conocimiento debe comprobarlo y declararlo así de oficio. Además, Hutchinson, recogiendo lo dicho por Tomás Fernández Rodríguez, señala que: "la nulidad absoluta es una cuestión de trascendencia general, que rebasa el ámbito de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo, y por afectar el orden público, hace excepción a los principios generales de toda clase que pueda suponer mengua de su propia naturaleza y consecuencias". ⁵³

Para todo esto, Hutchinson considera que el interés general está comprometido en un acto nulo de nulidad absoluta ya que son actuaciones ilegales de la Administración que no satisfacen el interés general; por ello, recalca que la anulación de oficio a más de ser una solución legal es también una solución justa para el Estado y para el administrado, que obliga a los jueces a no resistirse y actuar de oficio, caso contrario ocasionarían resultados claramente ilícitos, inmorales o socialmente dañosos.

Ahora bien, una vez que hemos conocido la posición mayoritaria de la doctrina a favor del control de oficio de un acto nulo de nulidad absoluta, cabe analizar el alcance de este control; es decir, cuestionarnos si también es aplicable cuando estamos frente a actos administrativo viciados de inconstitucionalidad. El análisis del tema lo realizaremos en el siguiente numeral a fin de fijar nuestra postura.

⁵¹ VANOSSI, Jorge R., "Recursos Extraordinario Federa. Control de Constitucionalidad", en Juan Carlos CASSAGNE, "Derecho Administrativo", Ob. Cit., p. 153.

⁵² HUTCHINSON Tomás, "Le Nacional de procedimientos administrativos...", Ob. Cit., p. 304 y ss.

⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomas, "Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el derecho administrativo", en HUTCHINSON, Tomás, Ob. Cit., p. 305.

2.2.La fuente inspiradora del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual.-

Para poder afirmar que los actos administrativos de alcance individual que adolecen de inconstitucionalidad pueden estar sometidos a un control constitucional de oficio, vemos necesario determinar si su fuente inspiradora proviene del art. 387 del nuevo C.Civ.Com. (Ley 26.944) o directamente de la reciente doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁴ que admite el control constitucional de oficio. Asimismo, es importante mencionar que la proyección del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, que significa fijar el objetivo que se pretende alcanzar con este control, depende de su fuente inspiradora.

Para escoger la fuente inspiradora creemos que se debe tomar en cuenta la finalidad que persiga el control de oficio en cada fuente. En breve, la finalidad de la declaración de oficio de la nulidad del acto jurídico establecida en el art. 387 del C.Civ.Com. es restablecer la libertad individual que quedó fraccionada con la lesión a los *intereses de los particulares*. Mientras que, la finalidad de la doctrina de la Corteque se refiere exclusivamente a los actos estatales que son inconstitucionales- es dejar establecido el deber de los jueces de mantener la *supremacía constitucional;* es decir, se trata de una finalidad purificadora del orden jurídico, que en palabras del profesor Sammartino significa que: "(...) este mecanismo está llamado a evitar la consumación de perjuicios concretos sobre las relaciones jurídicas que nacen al amparo de la Constitución y de la CADH"55.

2.2.1.1.Análisis del art. 387 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación como fuente inspiradora.-

La única normativa que regula el control judicial de oficio es el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a través de su art. 387, pero específicamente para los actos jurídicos. De la lectura de este artículo⁵⁶ se exhibe la tesis de la textualidad, y aunque los privatistas no lo expresen, la realidad es que esta norma responde a una santificación de la ley, porque sólo lo que manda la ley *-existencia de nulidad manifiesta en el momento de la sentencia-* y nada más que ella, es lo que debe ser causa

⁵⁴ Fallos: Mill de Pereyra, Banco Comercial de Finanzas, Lapadú, Rodríguez Pereyra, Simón.

⁵⁵ SAMMARTINO, Patricio, *Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional del derecho*", en revista El Derecho Administrativo, 20114-724, p. 25.

⁵⁶ Art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.- La nulidad absoluta puede declarase por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

de declaración de oficio de nulidad, sin necesidad de la existencia de otra causal para generar la ineficacia del acto.

Otra característica del art. 387 es que con el control judicial de oficio el juez impide la vigencia de un acto que afecta el interés general, siendo irrelevante el aspecto formal de que el vicio resulte sólo de lo manifiesto en el acto o que surja de otros elementos de juicio allegados al proceso a través de prueba producida. Por lo tanto, vemos que en el Derecho Privado, el control judicial de oficio además de proteger los intereses privados también rescata el interés público, incluso cuando el mismo artículo reconoce al Ministerio Público como titular de la acción de nulidad absoluta, quien siempre actúa en defensa del interés público. Sin embargo, prescinde de la protección a la supremacía constitucional que es lo que el control constitucional de oficio debería siempre pretender resguardar, por eso este es el principal criterio para discernir si la fuente del control constitucional de oficio de los actos administrativo de alcance individual proviene o no del art.387.

Llegado a este punto, descartamos al art. 387 del C.Civ.Com. como fuente inspiradora del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, porque la nulidad que provoca dicho control se rige por el principio textualista: "pass de nullité ssasn texte", que establece que sólo puede haber nulidad cuando una norma expresa lo impone, norma que no existe para la inconstitucionalidad en los actos administrativos de alcance individual; y, además porque se limita a la reparación de los intereses particulares de los afectados por la lesión -restituir las cosas recibidas al estado anterior a la celebración del acto- lo que para el control constitucional de oficio de un acto administrativo de alcance individual no es primordial, porque su fin principal es el restablecimiento de la supremacía de la Constitución y la reparación de los derechos fundamentales.

Además, en el sistema de vicios del Derecho Civil rigen criterios axiológicos que según Fiorini son la: "(...) la buena fe, la restringida limitación del orden público, el interés privado y los vicios de la voluntad de los individuos", ⁵⁷los cuales no podrían ser aplicados en el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, porque al ser actos estatales rigen otros valores como la protección a la supremacía constitucional, conjuntamente con los principios del Derecho Administrativo y del Estado Constitucional y Social de Derecho contemporáneo como la dignidad humana y el carácter dinámico de los derechos fundamentales.

⁵⁷ FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 465.

2.2.1.2.Análisis de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de la Nación como fuente inspiradora.-

Como mencionamos anteriormente, a partir del fallo "Mill de Pereyra" en el 2001, la Corte finalmente admitió la facultad judicial de declarar de oficio la inconstitucionalidad de los actos estatales, dejando a un lado la doctrina fundada en "Ganadera Los Lagos" y consolidando su nueva postura con los fallos "Rodríguez Pereyra", "Banco Comercial de Finanzas", "Lapadú" y recientemente en "Mansilla" en el 2014.

La doctrina de la Corte estableció que el control de oficio de constitucionalidad y convencionalidad⁵⁸ procede cuando se afecta la *supremacía de la Constitución* y los tratados internacionales de derechos humanos, refiriéndose exclusivamente a los actos estatales. Por lo tanto, su finalidad se sustenta en *el deber de los jueces de mantener la supremacía de la Constitución* y *su inmediata e impostergable fuerza normativa*, pues cada vez que una norma colisiona con otra, se debe hacer valer la de rango mayor -lo mismo que decir, la que es constitucional- y desechar la que es inconstitucional. No cabe duda, entonces que la finalidad del control constitucional de oficio de leyes es "purificadora" como lo ha denominado el profesor P. Sammartino⁵⁹.

De allí, que por nuestra parte creemos que la doctrina jurisprudencial debe ser considerada como la fuente del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, porque la Corte fue la primera en reconocer y habilitar el control *ex officio* sobre los *actos estatales*, y los actos administrativos de alcance individual también pertenecen a este grupo de actos que pueden adolecer de inconstitucionalidad; por ende, también pueden ser objeto de un control constitucional de oficio para proteger la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales inherentes a ella, siendo lógico que los actos administrativos de alcance individual tengan una fuente de Derecho Público antes que una de Derecho Privado, por tratarse de actos producto de la función administrativa de la Administración Pública.

Por consiguiente, esta afirmación para nuestro modo de ver, es la llave central que permite a los jueces ejercer el control constitucional de oficio sobre actos administrativos inconstitucionales de alcance individual.

⁵⁸ Son dos controles que se conectan sucesivamente: comenzando con el control de constitucionalidad y prosiguiendo con el de convencionalidad, lo que Sagüés, lo ha llamado "tesis de los dos eslabones consecutivos", pues son dos instrumentos que trabajan de manera consecutiva. SAGÜÉS, Néstor, "Control de Constitucionalidad y....", Ob. Cit., p. 144.

⁵⁹ Así lo ha llamado el profesor Patricio Sammartino en su artículo "*Precedentes para recordar*. *Precisiones sobre la invalidez*", *Ob. Cit.* p. 25, ya que para él, el control de oficio de la validez constitucional y convencional es un instrumento al servicio de la purificación del mundo jurídico en tanto y en cuanto está llamado a evitar la consumación de perjuicios concretos sobre las relaciones jurídicas que nacen al amparo de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.2.2. La proyección y alcance del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual.-

Como dijimos anteriormente, definir la *proyección* del control constitucional de oficio de un acto administrativo de alcance individual significa fijar el objetivo que se pretende alcanzar con este control, lo cual depende de su fuente inspiradora que es la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema; por lo tanto, la proyección de este control es purificar el mundo jurídico (evitar la ejecución de actos administrativos inconstitucionales para así resguardar la supremacía de la Constitución y proteger la indisponibilidad de los derechos fundamentales). Mientras que por *alcance*, se entiende fijar los tipos de actos administrativos sobre los cuales opera este control, que a nuestra opinión debería ser básicamente sobre todo acto administrativo de alcance individual que transgreda la Constitución en el ámbito dogmático y orgánico.

No obstante de aquello, nosotros queremos proponer los siguientes casos de alcance -como aporte para los jueces y doctrina- sobre los cuales creemos debe operar el control constitucional de oficio de los actos administrativos inconstitucionales de alcance individual, debido a que no existe una norma constitucional o infraconstitucional que prescriba cuando un acto administrativo lesivo de la supremacía constitucional es inconstitucional:

- (i) Lesión al contenido dogmático de la Constitución (derechos del bloque constitucional): Cuando un acto administrativo de alcance individual ilegítimo; es decir, a más de ser portador de vicios graves o carecer de uno de sus requisitos esenciales -conforme los art. 7 y 14 de la L.N.P.A.- lesiona de manera ostensible un derecho fundamental que conforma el bloque constitucional ergo es un acto administrativo inconstitucional (v. gr.: el acto emitido por funcionarios de la Policía Federal Argentina que tuvo por objeto suspender, sin plazo ni condición, la apertura de los Sobres B y fundado solamente en una presentación del recurrente que ni siquiera se individualizó. Además, con dicho acto se suspendieron los efectos de la Resolución MJSyDH Nº 2032/09 que había autorizado a la apertura de los Sobres B, resolviendo la continuidad del procedimiento de selección del contratista estatal (Dictamen PTN 186/2009-Tomo: 270, pág. 252, 30 de septiembre de 2009)). La suspensión dispuesta por los funcionarios de la Fuerza de Seguridad constituye un acto manifiestamente irregular, por vicios en sus elementos de competencia y causa, que además lesiona ostensiblemente el derecho al debido procedimiento previo, el derecho a la igualdad, derecho al debido proceso adjetivo que son derechos constitucionales; por lo tanto, es un acto inconstitucional.
- (ii) Lesión al contenido sustancial de la Constitución: Un acto administrativo de alcance individual es inconstitucional cuando viola los contenidos sustanciales

de la Constitución, esto es que ataca directamente su parte sustancial, sus principios rectores e inspiradores, e incluso su preámbulo. En ese sentido, se entiende que hace relación a aquellas normas que generan constitucionalmente derechos subjetivos u obligaciones; y, aquellas que se refieren a los derechos fundamentales -consagrados en el texto constitucional o en tratados internacionales- y el propio preámbulo sobre el cual se ha construido los conceptos fundamentales de la Carta constitucional (v. gr.: Cualquier acto administrativo de alcance individual que profiriera decisiones que desproteja en cualquier forma a los extranjeros que residen en la Nación Argentina (art. 20 C.N. y Preámbulo)).

(iii) Lesión al contenido orgánico de la Constitución: La Constitución no sólo se compone de normas de carácter sustancial, también otorga competencias a las autoridades por ella instituidas y distribuye funciones entre los órganos creados, procurando que el ejercicio del poder se realice en forma coherente y ordenada.

En este sentido, un acto administrativo de alcance individual puede ser inconstitucional, cuando concentra el poder en un solo órgano o desconoce las funciones del órgano para las cuales fue instituida. En el primer caso, el ejercicio de funciones de un poder es ejercido por otro (v. gr.: en el caso de que el Poder Ejecutivo asuma funciones del Poder Judicial); y en el segundo caso, cuando se pretende ejercer un poder desconociendo las disposiciones constitucionales (v. gr.: En caso de que el Jefe de Gobierno otorgue permisos de uso precario, sin el previo acuerdo de la Legislatura, como ordena el art. 104 inciso 23 de la Constitución de la CABA. 60)

(iv) Lesión a los principios generales del Derecho: Cuando un acto administrativo de alcance individual viola los principios generales del Derecho también puede ser inconstitucional, porque ellos son la base inspiradora del ordenamiento constitucional, podemos localizarlos en las normas que determinan el debido procedimiento previo, la igualdad ante la ley, la supremacía constitucional, la razonabilidad, entre otros. Precisamente debido a su naturaleza, son elementos vivos de la Constitución que se convierten en fuente supletoria y subsidiaria, por lo que cualquier contradicción o violación a su contenido a través de los actos administrativos de alcance individual debe ser considerado como si fuera a la misma Constitución.

⁶⁰ Art. 104 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.- Atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno. (...) 23. Ejecuta las obras y presta servicios públicos por gestión propia o a través de concesiones. Toda concesión o permiso por un plazo mayor de cinco años debe tener el acuerdo de la Legislatura. Formula planes, programas y proyectos y los ejecuta conforme a los lineamientos del Plan Urbano Ambiental.

2.3. Los fundamentos de la posición que niega el control de oficio y nuestros argumentos de disidencia.-

No debemos desconocer los argumentos de la posición que niega el control de oficio de las normas y leyes porque los mismos pueden ser utilizados para negar el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual.

Por lo tanto, conscientes de que los argumentos de la posición contraria son sólidos y destacables, nos hemos propuesto -como un desafío- objetarlos con nuestros propios argumentos jurídicos de disidencia a fin de romper el criterio que por mucho tiempo ha convencido a los tribunales y juristas a no declarar de oficio la inconstitucionalidad de los actos, convirtiéndose en *self-restraint*⁶¹ como dice Bazan⁶²; y, presentar una posición personal que habilite el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual. A través de este ejercicio, deseamos que los jueces cumplan un rol protagónico con sus decisiones y sean más conscientes de la realidad, como exige la dinámica del Derecho Administrativo, y que no se limiten actuar por la falta de un mandato legal que les obligue a controlar de oficio la invalidez constitucional de los actos administrativos de alcance individual.

A continuación presentaremos los argumentos que sostienen la posición contraria al control de oficio, y seguido de ellos, desarrollaremos nuestros fundamentos jurídicos de disidencia con los mismos:

Argumento: El control de oficio produce desequilibrio en los Poderes del Estado (permitir al Poder Judicial juzgar actos de la función administrativa sin petición de parte).-

Disidencia:

- El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual no afectaría al principio de división de los Poderes del Estado, ya que si bien no existe prohibición de ejercerlo, el art. 31 de la C.N. establece que es deber y atribución de todos los jueces examinar que todos los actos estatales guarden conformidad con la Constitución *ergo* no habría diferencia en ejercer este deber en los actos administrativos de alcance individual si el referido control es o no solicitado previamente por el afectado, porque de todos modos tiene que ser ejercido por el principio *iura novit curia*. Además, es inconsistente decir que el

⁶¹ Entiéndase por *self-restraint*, la auto-restricción, que se refiere a la actitud de respeto que deben observar los jueces, a fin de no interferir en las potestades de los otros Poderes del Estado, lo que conlleva respetar mutuamente las competencias que corresponden a cada uno de ellos y las limitaciones derivadas de esto.

⁶² BAZÁN, Víctor, "La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sedero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente", en revista La Ley, 179-322, (1998), p. 5.

atropellamiento sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay, porque el control *ex officio* es un deber de todos los jueces.

- Creemos que si el juez no ejerce el control constitucional de oficio sobre actos administrativos de alcance individual inconstitucionales incurriría en el incumplimiento de una obligación constitucional (art. 31 CN) y se configuraría una "omisión constitucional", lo que a su vez genera lesión a un derecho fundamental.
- La declaración oficiosa no implica que el juez está arrogándose funciones administrativas o excediéndose en sus funciones, porque es claro que el juez con ella no dicta un nuevo acto; pero, sí creemos firmemente que además de brindar una solución legal también realiza una solución justa para las partes, por expulsar del mundo jurídico a un acto administrativo de alcance individual inconstitucional.
- El control de oficio al operar sobre la tesis de la "renuncia de los litigantes"expuesta por Bielsa y Padilla⁶³- que consiste en la renuncia que hacen las partes
 tácita o expresamente al beneficio de una norma o acto, tampoco gravitaría al
 principio de división de poderes, porque como sostiene Bianchi, esta presunta
 renuncia no exonera al juez de su deber de controlar la constitucionalidad de los
 actos.
- El control de oficio, para Palacio⁶⁴ siguiendo a Goldshmidt, Schönke, Couture, Alsina y Díaz, asegura que se trata de un poder-deber de la función jurisdiccional, ya que además de entrañar la facultad de decidir la inconstitucionalidad de un acto, implica también el deber de administrar justicia, por eso no hay transgresión a la división de poderes.

Argumento: El control de oficio vulnera la presunción de legitimidad de los actos estatales.-

Disidencia:

La presunción de legitimidad de los actos administrativos, como dice Comadira, implica la suposición de que el acto administrativo fue dictado con arreglo a las normas jurídicas⁶⁵ previo a su emisión, pero dicha presunción es *iuris tantum*; es decir, es provisional en cuanto subsiste hasta tanto no se declare lo contrario por el

⁶³ Para dichos juristas, el juez no podría actuar de oficio cuando las partes renuncian expresa y previamente a una norma, porque eso implicaría una violación a la libertad jurídica del individuo. Por lo tanto, el juez se limitaría a inaplicar la ley, aun siendo ésta perfectamente inválida porque hubo una renuncia expresa previa del litigante que lo prohíbe hacerlo. Por otro lado, en el caso de que el litigante omita plantear la inconstitucionalidad de una ley, para la teoría de estos juristas, se trataría de una renuncia tácita ante la cual el juez tiene un problema de derecho, que es la de aplicar una ley que él conoce que es inconstitucional.

⁶⁴ PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 361.

⁶⁵ COMADIRA, Julio R., Ob. Cit., p. 231.

- órgano competente; y esta característica permite que el control constitucional de oficio rompa esta presunción.
- La presunción de legitimidad cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior *ergo* cede si a través del control constitucional de oficio un acto administrativo de alcance individual se verifica que el acto es inconstitucional.
- Una de las características más importantes de la presunción de validez, según Julio R. Comadira, es que ella "no puede ser predicada respecto de actos que adolezcan de vicios graves, que aparezcan de modo evidente, ostensible o notorio".
 Asimismo, la Corte en el fallo Pustelnik⁶⁶ y la P.T.N⁶⁷ señalaron que el vicio grave y manifiesto hace que la presunción de validez ni siquiera llegue a constituirse, en consecuencia creemos que también sería irrazonable que el juez presuma legítimo y constitucional un acto administrativo de alcance individual que a plena vista del juzgador es inconstitucional.

Argumento: El control de oficio menoscaba el derecho de defensa en juicio, porque podría provocar una verdadera indefensión en contra de las partes que construyeron el proceso creyendo en la constitucionalidad del acto 68 .-

Disidencia:

- El derecho de defensa en juicio no es agraviado a causa del control constitucional de oficio porque éste trata una "cuestión de derecho" y no una "cuestión de hecho", y porque los jueces se limitan a verificar la inconstitucionalidad en el acto y luego expulsarlo del mundo jurídico, debido a que el iura novit curia los obliga a aplicar el derecho válido, con independencia del derecho invocado por las partes.
- El control constitucional de oficio de actos administrativos de alcance individual no afecta el derecho de defensa en juicio, pues si así fuera, debería también

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, "Pustelnik, Carlos", Fallos: 293:133.

⁶⁷ Dictámenes: 233: 329.

⁶⁸ En este sentido se ha pronunciado, el Dr. Moliné O'Connor en el Seminario sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en 1999, citado por SAMMARTINO Patricio, en "Amparo y Administración...", Ob. Cit. p. 457, para quien el control de oficio provoca en "primer lugar, al posible indefensión de la parte perjudicada con la decisión judicial, que no podría argumentar oportunamente en favor de la constitucionalidad; en segundo, la imposibilidad de la parte perjudicada de demostrar que la posible inconstitucionalidad no causa perjuicio a la contraria; y, por último, la circunstancia de que la parte no tenga interés en tal declaración sino en el mantenimiento de la constitucionalidad de la norma en función de intereses no debatidos en la causa. La lesión para la parte afectada se traduce en diferentes ámbitos: por un lado, no puede defender la regularidad de la ley, porque los jueces no le brindan la oportunidad procesal para hacerlo (evidentemente si el tribunal confiere un traslado con ese fin, podría ser recusado con causa por haber preanunciado dudas acerca de la constitucionalidad de la ley). Por el otro, se ha visto privada de fundar su derecho en otras disposiciones, que aún con prescindencia de la cuestionada, podrían darle la razón. Al verse imprevistamente privado del apoyo de las normas invocadas, queda inerme no frene a los argumentos de su contraria, sino frente a la opinión particular del tribunal".

- descalificarse toda aplicación de oficio por parte del juez de cualquier norma legal no invocada por las partes, so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso.
- El derecho de defensa estaría afectado si el juez con el control constitucional de oficio juzgara *extra petita* o *ultra petita*, pero no incurre en aquello, porque no está dictando una decisión ajena a la cuestión de hecho o algo que ya ha sido resuelto, al contrario está decidiendo una cuestión netamente de derecho dentro de la causa.
- Por el principio *iura novit curia*, el control de oficio no afecta el derecho de defensa en juicio, porque según afirmó Fayt en su voto de disidencia en el fallo "Banco Buenos Aires Argentina Building Society s/Quiebra"⁶⁹ este principio no sólo activa a los jueces para la orientación y fundamentación de las sentencias sino también es un deber que los obliga a mantener la supremacía de la Constitución Nacional.
- Es lógico que los actos estatales en general no son emitidos con un certificado de constitucionalidad que les vuelva indestructibles; por lo tanto, en el momento de declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual, el juez no toma de sorpresa a los litigantes, pues cualquiera que es parte en un proceso conoce que en todo proceso siempre existe la posibilidad de que los jueces realicen un control de constitucionalidad, porque se encuentran en un Estado Social de Derecho que exige a los jueces el control de la legalidad de todo acto. Además, la falta de conocimiento de la ley por parte de los litigantes no debería sorprender a su buena fe, una declaración oficiosa de inconstitucionalidad.

Argumento: El control de oficio agravia el principio de congruencia.-

Disidencia:

- En el control constitucional de oficio el juez se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas por las partes en el proceso; es decir, verifica que el acto administrativo de alcance individual esté conforme a la Constitución; por lo tanto, no soslaya el principio de congruencia.
- Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia que sostienen que el control de oficio es violatorio al principio de congruencia creemos es contradictoria consigo misma, porque si fuera por este principio en ninguna etapa del proceso se debería permitir que las partes aleguen Derecho sino sólo a inicios de la litis, pero la verdad es que el Derecho es el único que sí puede ser introducido tardíamente en cualquier momento del proceso; por lo tanto, el juez puede valorarlo en cualquier momento y declarar de oficio su inconstitucionalidad.

Argumento: Las disposiciones de los arts. 14 y 15 de la Ley 48 (Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales) establecen que en aquellos casos en los que se encuentren comprometidos derechos y

⁶⁹ Fallos, 321:993, 1003(1998).

garantías constitucionales deberán ser oportunamente planteados por los litigantes ante la Corte Suprema de Justicia a través del recurso extraordinario -lo que cierta doctrina le ha denominado "reserva del caso federal"-; sin embargo, el control de oficio vulneraría tal disposición legal debido a que la Corte Suprema es la única que debe examinar las cuestiones constitucionales por petición de los justiciables.-

Disidencia:

- Sin duda, vemos que este argumento aunque parece definitivo no es sólido, porque es importante recordar que en Argentina existe un sistema de control difuso de constitucionalidad judicial, donde la Corte Suprema no es el único tribunal con competencia para ejercerlo, sino también los tribunales inferiores, por eso es aún más absurdo admitir que en este tipo de sistemas o en los garantistas de derechos como es Ecuador, se reduzca la potestad jurisdiccional de control de oficio a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y se limite a una petición de parte; pues, como venimos sosteniendo este control implica el cumplimiento de un deber insoslayable de todos los jueces independiente de su jerarquía.

Argumento: Para la Corte Suprema, en el fallo "Feito García de la Carreira, María Isabel c. Muñoz, Alberto" no es posible que la irrazonabilidad de una ley sea declarada de oficio por el juez, sino en el ámbito de que sus previsiones así lo permitan; y también, sobre la base de los resultados de su aplicación.-

Disidencia:

- Un acto estatal en general es irrazonable cuando los medios que utiliza no se adecúan a los fines que persigue o cuando contiene una inequidad manifiesta; por lo tanto, para que el juez determine la irracionalidad debe confrontar los medios con los fines y necesariamente revisar los efectos que en la práctica el acto produce; es decir, si se configuró o no una injusticia debido a la irrazonabilidad en el acto o una inconstitucionalidad; de allí, que no veamos que exista un impedimento para que los jueces puedan declarar de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual cuando no sea coherente con la Constitución.
- Además, es el mismo art. 28 de la C.N. (principio de razonabilidad) el fundamento para que los jueces puedan ejercer el control constitucional de oficio cuando un acto administrativo de alcance individual es irracional, porque exige que tanto leyes como actos administrativos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso de su vigencia (criterio establecido por la Corte en el considerando 4to del fallo que mencionamos).

⁷⁰ Fallos 299:45.

- Acotando con lo expuesto y parafraseando a Linares⁷¹, el acto administrativo de alcance individual podría suponerse que ha cumplido con el fundamento de existencia (porque ya fue dictado y porque hace parte del Derecho vigente) como con el fundamento de esencia (porque fue dictado conforme al Derecho), pero de lo que nunca pueden carecer es del elemento de razonabilidad, porque sin él, se vuelve un acto injusto; y es allí, cuando con mayor razón el juez debe ejercer el control constitucional de oficio, toda vez que un acto injusto puede ser también un acto que viole derechos del bloque constitucional, aunque los restantes fundamentos estén cumplidos teóricamente.

2.4. Nuestros argumentos jurídicos a favor del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual.-

Al margen de las disidencias realizadas en el acápite anterior, y con el único objetivo de formular una propuesta tendiente a lograr la habilitación del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, y para contrarrestar la auto retracción de los jueces para controlar de oficio la invalidez constitucional de los actos administrativos de alcance individual por falta de norma que así lo disponga, creemos que para que dicho control sea un medio de control eficiente agregaremos los siguientes argumentos jurídicos para reforzar nuestra propuesta.

A esto es prudente advertir que estamos conscientes de los riesgos que la aceptación a nuestra propuesta implicaría, ya que los argumentos de la posición contraria si bien están enfocados al control *ex officio* de las leyes son sólidos y también podrían servir para impedir el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual. Pero a pesar de aquello, con nuestra posición y como objetivo de este trabajo queremos brindar suficientes razones al juez para que como último intérprete de la Constitución no se detenga a ejercerlo por el miedo a lesionar el sistema jurídico, sino que siempre se sienta dispuesto a cumplir con su deber de defender la supremacía constitucional.

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual procede por el orden jurídico que está comprometido.-

La inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual es una cuestión de trascendencia general, porque rebasa el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes y repercute en el orden jurídico que está comprometido (Constitución y tratados internacionales de derechos humanos) y porque compromete la

⁷¹ LINARES, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes. Debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina", Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 108.

supremacía constitucional. Precisamente por estas razones, el administrado con su consentimiento no puede convalidarlo, ya que como bien dice García de Enterría: "(...) nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa su propia esfera individual y trasciende el ámbito de lo general⁷²".

El orden jurídico comprometido por la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual obliga que el control del juez sea de oficio y se realice de forma preferente, y aun excluyente de cualquier otro. Por eso, incluso creemos que no importa si en la causa judicial se prescindió de elementos requisitos elementales del proceso, para que el juez declare de oficio su inconstitucionalidad.⁷³

Argumento: El control constitucionalidad de oficio de los actos administrativos de alcance individual protege la supremacía de la Constitución.-

Es cierto que no hay una norma legal ni constitucional que faculte a los jueces a declarar de oficio la inconstitucionalidad de los actos administrativos de alcance individual, pero nosotros creemos que está implícitamente prescrita en el art. 31 de la C.N. y en el caso del Ecuador en el art. 11⁷⁴de la Constitución.

⁷² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. Cit., p. 619 y ss.

⁷³ Esto, de cierta manera, nos lleva a compartir el criterio de las categorías de nulidad en España propuesto por el jurista español Juan Alfonso Santamaría Pastor, quien señala que: "(...) Sólo las infracciones que afectan de manera especial al orden público exigen un tratamiento procesal privilegiado, que amplía las potestades de enjuiciamiento del Tribunal para anularlo, incluso prescindiendo de los requisitos elementales del proceso.". En tal sentido, el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual vendrían a estar justificado por la lesión a la supremacía constitucional que amplía las potestades jurisdiccionales de los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos", IEA, Madrid, 1970, p. 271.)

⁷⁴ Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los

Asimismo, no hay una norma que establezca la prohibición del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual; sin embargo, Juan González C., se encargó de buscar una respuesta a este vacío legal, cuyo pensamiento fue sumamente influyente en el derecho constitucional argentino de la primera mitad del siglo XX, al señalar que: "La primera de las limitaciones de ese poder a las cortes es que nunca el poder judicial procede de oficio, sino a requisición de parte interesada en un causa particular"; por lo tanto, para este jurista, la limitación de actuar de oficio para el Poder Judicial estaba establecida en el entonces art. 100 y hoy claramente estaría en el art. 116 de la C.N. que establece: "(...) corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas (...)"; de la interpretación de la norma, entenderíamos que los jueces están limitados a ejercer el control únicamente en todas las causas judiciales que están en su conocimiento mas no de oficio, por eso el mismo jurista agregó que: "uno de los caracteres esenciales del Poder Judicial consiste en pronunciarse en casos particulares y no sobre principios generales ni por vía de medida general." "75

En aplicación del art. 116 de la C.N. nosotros nos inclinamos por proponer que en toda causa judicial el juez debe controlar de oficio la constitucionalidad de los actos administrativos de alcance individual que sean parte de esa causa, porque el principio de la supremacía constitucional requiere de una actuación diligente del juez ante infracciones inconstitucionales para hacerla respetar y cumplir, por lo que dicho control

derechos ni de las garantías constitucionales. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

⁷⁵ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan, "Derecho constitucional argentino", 3era ed., Buenos Aires, 1936, citado por BIANCHI, Alberto, "Control de Constitucionalidad", Ob. Cit., p. 139

se convierte en el medio más idóneo para protegerla; con esto, una vez más, este control está plenamente justificado y respaldado. Es que como enfatiza Sagüés, el principio de supremacía constitucional requiere de un "sustento conductista, es decir, el comportamiento de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, como de castigar las infracciones a tal supremacía". ⁷⁶

Otra razón para afirmar que el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual protege la supremacía constitucional es que la Corte con el fallo "Mill de Pereyra" junto con la disidencia del doctor Boggiano⁷⁷ y el voto de disidencia de los jueces Carlos Fayt y Augusto Belluscio en el fallo "Juzgado de Instrucción Militar Nº 50 de Rosario" instauraron que la finalidad del control constitucional de los actos estatales es el deber de mantener la supremacía de la Constitución, siendo esta jurisprudencia fuente de Derecho Público totalmente válida a ser aplicada para los actos administrativos de alcance individual.

La razón por la cual la finalidad del control constitucional de oficio de los actos administrativos es proteger la *supremacía constitucional* es porque la Constitución prima por sobre cualquier otra norma nacional o provincial (art. 31 C.N.); por lo tanto, ella obliga que todos los actos estatales se ajusten a la Constitución por el contenido de su regulación (materia), por los sujetos que regula (derechos humanos), por su posicionamiento en el orden jurídico (norma de normas). Entonces, al igual que las normas, los actos administrativos de alcance individual están obligados a respetar la supremacía de la Constitución, y cuando ésta resulta afectada por los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos –inconstitucionalidades- surge no sólo la facultad, sino la obligación de los jueces –derivada de la misma Constitución (art. 31 C.N.)- de protegerla.

⁷⁶ SAGÜÉS, Néstor, en el prólogo al libro de BIANCHI, Alberto, "Control de constitucionalidad", Ob. Cit., pp. 13-14.

⁷⁷ Boggiano en su voto dijo que "la declaración de inconstitucionalidad sin que medie petición de parte no importa un avallasamiento de los poderes Ejecutivo y Legislativo, pues dicha tarea hace a la esencia del Poder Judicial, una de cuyas funciones específicas consiste en controlar la constitucionalidad de la actsividad estatal, a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional", y que dicha facultad de los jueces es válida dado que "tal declaración —de inconstitucionalidad— es una cuestión de derecho ínsita en el adagio iura novit curia, que incluye el deber de mantener la supremacía constitucional".

⁷⁸ "Es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Más de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente - trasuntando en el antiguo adagio iura novit curia-, incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución aplicando en caso de colisión de normas la de mayor rango". (El énfasis me pertenece).

Argumento: El control constitucional de oficio es un medio más de control de los actos administrativos de alcance individual en un Estado Social de Derecho.-

La esencia de la Constitución en un Estado Social y Constitucional de Derecho es ser depositaria de límites y controles orientados a garantizar su fuerza normativa, ya que la regla de su funcionamiento es la de los "pesos y contrapesos" para el ejercicio del poder. De tal manera, para que un Estado pretenda ser calificado de "Social y Constitucional de Derecho", el control de la actividad pública no puede estar limitado a los tradicionales controles de legalidad o de formal comparación normativa; sino que debe ir mucho más allá, en razón de las finalidades propias del Estado como son: el bien común, el respeto a los derechos fundamentales, la justicia, la participación ciudadana, el respeto a la supremacía constitucional, etc.

Por lo tanto, el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, viene a ser otro medio de control que se encuentra por encima del control de legalidad, porque se posiciona en una esquema de principios y valores en que los que se funda el Estado Social de Derecho, entre ellos la justicia, porque toda persona tiene el derecho a la aplicación de un acto plenamente válido y eficaz; caso contrario, si el juez no declara de oficio su inconstitucionalidad está consagrando a sabiendas un solución injusta. En efecto, a nuestro modo de ver, a más de ser otro medio de control constitucional también brinda una solución justa a favor del afectado.

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual no se opone a la fuerza normativa de la Constitución, más bien la garantiza.-

Como se sabe, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución tiene como origen las ideas doctrinales y jurisprudenciales que antecedieron a la sentencia dictada por el Juez John Marshall en el caso Marbury vs. Madison en 1803, en donde se reconoció al juez ordinario la facultad de realizar el control de constitucionalidad de las disposiciones del legislador que vulneraban el Derecho de la Constitución. En efecto, no se puede entender esa fuerza normativa de la Constitución sino se encomienda a los tribunales la defensa de la misma, a través del establecimiento de controles para hacerla valer frente a las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas.

En consecuencia, consideramos que el control constitucional de oficio constituye el mayor garantía de reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, porque a través de él se deja sin efecto y se expulsa del mundo jurídico todo acto estatal —entre ellos el acto administrativo de alcance individual- que se oponga a la Constitución, aunque no exista una norma que faculte a los jueces dicho control.

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual responde al principio de juridicidad.-

El principio de juridicidad implica el sometimiento directo de todo el obrar de la Administración Publica -función administrativa- al bloque de juridicidad. En ese entendimiento, el control constitucional de oficio de los actos administrativos deviene como un dispositivo de fiscalización judicial del cumplimiento del principio de juridicidad en un Estado Constitucional Social de Derecho por parte de la Administración Pública.

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual en un Estado Social y Constitucional de Derecho es un medio que sirve para respetar y proteger la dignidad humana.-

En un Estado Social y Constitucional de Derecho, en términos del profesor Sammartino, la dignidad humana es la raíz de los derechos humanos fundamentales;⁷⁹ por lo tanto, debe ser protegida y respetada como un deber jurídico de todas las autoridades públicas.

La inconstitucionalidad que se presenta de las diferentes formas en los actos administrativos de alcance individual y que venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo es una irregularidad que sobrepasa el ámbito meramente normativo, porque a más de violar la supremacía constitucional gravita el principio de la dignidad humana. En este sentido, por estar la dignidad humana involucrada, el control constitucional de oficio se abre como un medio de control idóneo para protegerla de manera directa, y también al contenido esencial⁸⁰ de los derechos fundamentales que son inherentes a ella.

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual evita que el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales continúe siendo transgredido por una inconstitucionalidad.-

⁷⁹ SAMMARTINO, Patricio, "Amparo y Administración...", Ob. Cit. p. 161.

⁸⁰ El ámbito indisponible de los derechos es el denominado "contenido esencial". Según la doctrina y la jurisprudencia peruana, los derechos fundamentales no son ilimitados; sin embargo, toda posible intervención se admite siempre que se respete el "contenido esencial" de los derechos, en otras palabras, que las restricciones se produzcan en el contenido "no esencial" o "adicional". En el sentido anotado, el contenido esencial es concebido, como un ámbito indisponible para todos los poderes públicos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional español ha señalado que el "contenido esencial" de los derechos fundamentales lo constituyen aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito. En: CARPIZO, Enrique, "Derechos Fundamentales interpretación constitucional la Corte y los derechos", Ed. Porrúa México, México D.F.., 2009, p. 115.

No es fácil explicar qué significa el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales; sin embargo, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce esta condición en unos de sus considerandos: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana." La indisponibilidad de los derechos fundamentales surge de la condición de ser humano digno; y, como un concepto amplio podemos decir que está relacionada con la imposibilidad de decidir sobre ámbitos protegidos de los derechos fundamentales.

Ante tal realidad, existen dos posiciones para determinar el ámbito de "indisponibilidad" de los derechos fundamentales. Por un lado, Luis Ferrajoli, ⁸¹ señala que los derechos indisponibles son aquellos "derechos fundamentales" en sentido estricto como: el derecho de libertad, derecho a la vida, derechos civiles, políticos y sociales; esto quiere decir que están sustraídos de las decisiones políticas y del mercado, en virtud de que el sujeto es el titular de estos derechos; así por ejemplo, ninguna mayoría ni el propio Estado puede privar a una persona de su vida o de su libertad. Por otro lado, está la posición intermedia, que considera que el ámbito indisponible de los derechos está vinculada con la noción de necesidades básicas, que son requerimientos esenciales que deben ser garantizados a todas las personas con miras a vivir en una sociedad verdaderamente justa, en la que sea posible el bienestar y el desarrollo de las capacidades de cada uno frente al poder político como las: capacidades básicas, titulaciones fundamentales, reclamos de necesidad, bienes básicos, etc. ⁸²

Acogiéndonos a la posición intermedia, creemos que cuando un acto administrativo de alcance individual ha quebrantado las necesidades esenciales para la existencia y autodeterminación personal, el juez debe ejercer sin duda el control constitucional de oficio ya que el acto administrativo ha sobrepasado el ámbito de disponibilidad de los derechos fundamentales. En este mismo sentido, el juez debería declarar de oficio la inconstitucionalidad del acto que emana cuando la Administración Pública se coloca en lugar de la persona y decide por ella, incluso en nombre de una presunta "protección a sus derechos fundamentales", porque por su naturaleza el ser humano ejerce libremente sus derechos.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y garantías". La Ley del más débil", en SOSA, Juan Manuel, "Sobre el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales", Ponencias Inéditas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Arequipa, 2008, en: https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame <a href="https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame <a href="https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame <a href="https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame <a href="https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame <a href="https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame <a href="https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indi

⁸² Posición propuesta por Sosa, Juan Manuel, "Sobre el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales", Ponencias Inéditas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Arequipa, 2008,

https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundame_ntales, (disponible el 04 de abril de 2016).

Esto a su vez conduce a indicar que el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual evita que prevalezca el interés general sobre los derechos fundamentales que se encuentran lesionados, en base a lo dicho por el distinguido jurista García de Enterría que: "los derechos fundamentales son resistentes absolutamente frente a la pretensión de superioridad posicional general que la Administración tiene el hábito de invocar"83. De esta manera, ante un acto administrativo inconstitucional, no tendría fundamento alguno que el juez justifique que los intereses generales o sociales hacen decaer la fuerza de los derechos fundamentales a fin de no proceder con el control constitucional de oficio de ese acto. Existe una salvedad al respecto, y es aquella que hizo denotar el Tribunal Constitucional español en la sentencia No. 22/1984 el 17 de febrero de 1984, cuando señaló que existen fines sociales que tienen rango superior a los derechos fundamentales, pero para eso deben tratarse de "fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionales reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución".

Por último, los derechos fundamentales son imprescriptibles, ante lo cual, la doctrina jurisprudencial de la Corte Nacional del Ecuador ha destacado en forma nítida que tal característica torna imperativo que el que acto que vulnera el Derecho, no gane firmeza y pueda ser recurrido por el ciudadano en cualquier momento;⁸⁴ bajo la misma lógica, nosotros añadimos que el carácter imprescriptible de los derechos fundamentales hace que todo acto administrativo de alcance individual inconstitucional sea controlado constitucionalmente de oficio por el juez.

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual es una atribución y deber de los jueces.-

Así como es deber de los jueces abstenerse de aplicar las normas que están en oposición con la Constitución —a partir del fallo "Mill de Pereyra- tampoco debe haber duda de que dicho deber debe proyectarse cuando el juez está frente a un acto administrativo inconstitucional de alcance individual, porque también se trata de un acto estatal. El juez no requiere de la expresa invocación de la parte afectada, porque su deber es defender en todo momento la supremacía de la Constitución Nacional y proteger los derechos fundamentales del bloque constitucional.

En efecto, si el juez no declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo a más de incumplir con su deber, estaría también incumpliendo el preámbulo de la Constitución Nacional⁸⁵ que no es "la portada alegórica y poética del

⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Hacia un justicia administrativa", Civitas, Madrid, 1989, pp. 46-47.

⁸⁴ ZAVALA EGAS, Jorge, "Derecho Constitucional", tomo II, EDINO, Guayaquil, 2002, p. 605.

⁸⁵ "Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la compone, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de construir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz

texto fundamental, sino que es la vertebración ideológica y axiológica de un pueblo" y que goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura.

Fijar este control como un deber de los jueces es pretender evitar que ellos sean sujetos pasivos e indiferentes ante actos inconstitucionales. De aquí nace otro deber para el juez, que es evitar la consolidación de resultados inicuos, inmorales, injustos o socialmente dañosos con la ejecución de estos actos, porque toda persona tiene derecho a la aplicación de un acto administrativo que no viole sus derechos.

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual asegura la efectividad del principio de seguridad jurídica.-

La declaración de oficio de inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual ha sido considerada, según la Corte Suprema, como la *ultima ratio* del orden jurídico, por esa razón creemos que este control constituye una de las mayores garantías del ordenamiento jurídico para las personas, sus derechos y el sistema jurídico, contra los posibles abusos de los poderes públicos.

Por lo tanto, el control constitucional de oficio asegura la efectividad del principio de seguridad jurídica, porque exige al juez hacer una evaluación constitucional sin violencia del texto del acto administrativo -como lo dijo el doctor Augusto Belluscio y el doctor Santiago Petracchi en el fallo "Mickey S.A." en caso de duda, estar a favor de la constitucionalidad del acto. Esto debido a que la relación jurídica que nace entre la Administración y los ciudadanos ha de desenvolverse en un clima de seguridad jurídica, de buena fe, y de confianza; caso contrario, se generará una situación de incertidumbre jurídica tanto para el administrado como para el sistema de justicia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia dijo que: "(...) es propia de tales situaciones, la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios." "87

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual no transgrede el principio de igualdad ni el

interior, proveer a la defensa común, proveer el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra prosperidad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia; ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina" (El énfasis me nertenece).

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, "García Pinto, José c. Mickey S.A." del 5 de noviembre de 1991.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Colalillo, Domingo c/ Cía de Seguros España y Río de la Plata", Fallos 238:550, 18 de septiembre de 1957.

principio dispositivo, al proceder sin petición de parte ni con requerimientos formales.-

El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual no es una cuestión de hecho sino de derecho. En las cuestiones de hecho el juez depende lo que las partes alegan y prueban, pero en las cuestiones de derecho como es este control, el juez es independiente de las partes, sólo le incumbe la debida aplicación del derecho; por lo tanto, no transgrede el principio dispositivo. Por eso, este control debe operar dentro de la misma causa judicial donde está implicada la inconstitucionalidad del acto administrativo (este requisito surge del art. 116 C.N. que al armar las competencias del poder judicial federal, se refiere a "causas" o "asuntos") sin necesidad de petitorio de parte interesada ni requisitos formales.

Asimismo, por ser una cuestión de derecho tampoco vulnera el principio de igualdad, porque el juez debe operar independiente de los fundamentos y estrategias de las partes, no debe depender de ninguna de ellas para ejercer este control ni de su silencio, porque tiene la capacidad legal suficiente y la obligación para verificar que está frente a un acto administrativo inconstitucional;⁸⁸caso contrario, este control perdería la naturaleza de ser oficioso.

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual deviene en pos de la realidad social.-

Como dijimos en la introducción de este trabajo, somos de los que creemos que el Derecho Administrativo debe avanzar conforme la realidad social que lo trasciende y no al revés, lo cual implica que los jueces deben adecuarse a los cambios que presenta la realidad de los casos judiciales. En efecto, la realidad social y jurídica ha demostrado que los actos administrativos de alcance individual también pueden ser incompatibles con la Constitución y por ende transgresores de los derechos del bloque constitucional.

Bajo este razonamiento, creemos que en un Estado Constitucional y Social de Derecho el control difuso no puede supeditarse únicamente al control *ex officio* de las leyes y normas, incluso cuando en Argentina ya se han experimentado desde 1994 importantes y radicales cambios en pos del control constitucional de oficio. Por eso, los actos administrativos de alcance individual no pueden estar sujetos sólo a un control de legalidad, sino también a un control constitucional de oficio en respeto a los valores que sustentan el Estado Constitucional y Social de Derecho, como la dignidad humana,

⁸⁸ La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "La Rinconada S.A." (fallos 316:871) de 4 de mayo de 1993 dijo que los jueces tienen el deber –derivado de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional- de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, o, aún ante el silencio de éstas.

convirtiéndose en una nueva herramienta de control para los jueces que permite una vida jurídica y social con justicia, libertad, paz, orden y seguridad jurídica, cumpliendo con lo que expresamente establece el preámbulo de la Constitución de la Nación.

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual también evita la violación a la supremacía constitucional a través de las omisiones inconstitucionales.-

Hasta el momento sólo se ha hablado de la declaración de oficio de inconstitucionalidad ante actos administrativos de alcance individual, pero el Estado puede pecar no solamente dictando normas o actos administrativos inconstitucionales, sino también omitiendo dictar normas generales que la Constitución Nacional ordena promulgar, por ejemplo al no implementar debidamente ciertas cláusulas programáticas de la ley suprema o al no reglamentar una la ley previa disposición constitucional *ergo* también podría omitir dictar actos administrativos de alcance individual constitucionales, cuando así deba hacerlo por mandato constitucional.

Aunque la doctrina jurisprudencial que habilitó el control constitucional de oficio de leyes y normas dijo que no se extiende a las omisiones inconstitucionales, sino únicamente a normas que exhiben vicios manifiestos; nosotros creemos que el control constitucional de oficio también debe ser ejercicio frente a omisiones inconstitucionales de actos administrativos de alcance individual, debido a que su inexistencia también podría transgredir la supremacía constitucional, así ya lo aseguró Bidart Campos.⁸⁹

Argumento: El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual es constitucional.-

Ciertas Constituciones de las provincias de Argentina autorizan el control constitucional de oficio de actos estatales; así por ejemplo vemos que el art. 11 de la Constitución de la Provincia de San Juan⁹⁰ reconoce el control constitucional de oficio aún cuando no hubiera sido requerido por las partes. En similar sentido, otras provincias han establecido en sus Constituciones el deber de controlar de oficio la inconstitucionalidad de actos estatales, aunque algunas prevén el requerimiento de la petición de parte; así por ejemplo, la Constitución de la Rioja dispone en su art. 9 que aquel deber de declaración de inconstitucionalidad se efectivizará a requerimiento de parte o de oficio, complementando esta disposición con lo que reza el art. 132, en el que

⁸⁹ CAMPOS, Bidart, "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", ED, 78.785 en SAGÜÉS, Néstor, "Teoría de la Constitución", Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 484.

⁹⁰ Art. 11 Constitución de la Provincia de San Juan.- Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Ley Suprema de la Nación o a esta Constitución, carecen de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad, en juicio, aun cuando no hubiere sido requerido por partes, previo conocimiento a las mismas.

se determina el deber judicial de mantener la supremacía constitucional. De igual manera, la Constitución de la Provincia de San Luis (artículos 10 y 210) y la de Río Negro establecen como una de las funciones del Poder Judicial verificar la constitucionalidad, a pedido de parte o de oficio.

De allí que proponemos que al encontrarse regulado constitucionalmente el control constitucional de oficio en las provincias de Argentina, ayuda a fortalecer nuestra tesis para habilitar el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual; y, superar la discusión de su prohibición y limitación a leyes inconstitucionales, sino también a actos administrativos de alcance individual del Poder Ejecutivo, de los entes descentralizados o de cualquier otro órgano de los poderes del Estado en ejercicio de su función administrativa.

2.5. Breve estudio comparativo del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual en el Ecuador.-

Como venimos observando, el control constitucional de oficio en Argentina ha sido un medio reconocido a nivel jurisprudencial por la Corte Suprema desde 1984 para defensa de la supremacía constitucional; por eso, hoy en día es admitido como un incidente en la resolución de un caso contencioso y nunca a manera de control abstracto. En cambio, a partir del 2008 cuando el Ecuador fue reconocido constitucionalmente como *Estado constitucional de derechos y justicia social*, la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de normas conexas -contrarias a la Constitución- quedó expresamente consagrada en el art. 436 num. 3. de la Constitución de la República del Ecuador, pasando a ser una figura novedosa en el ámbito constitucional ecuatoriano.

Vale realizar este estudio comparativo para justificar la necesidad y oportunidad de establecer en el ordenamiento jurídico de ambos Estados el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, debido a que en ninguno existe una regulación que expresamente lo permita o prohíba, limitándose únicamente al control constitucional de leyes y normas incompatibles con la Constitución, a pesar de que en ambos países rige el principio de la supremacía constitucional. Por lo tanto, la introducción de este control estaría justificado porque el fin es proteger dicha supremacía de los abusos del poder de los órganos estatales, sin importar el tipo de Estado que sea, por un lado Ecuador como un *Estado constitucional de derechos y justicia social*; y por otro lado, Argentina como un *Estado Constitucional y Social de Derecho*.

⁹¹ Véase, Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, Sentencia, Expediente 102/1996, disponible en Internet en: http://www.csjn.gov.aar/documentos/expediente/atos-expe-jsp

2.5.1 Breve revisión del control constitucional en el Ecuador.-

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre de 2008 instituyó un nuevo modelo de Estado para el Ecuador conocido en términos generales como: *Estado constitucional de derechos y justicia social*, dejando a su antecesor: el *Estado social de Derecho* que imperó con la Constitución Política de 1998. La característica del Estado constitucional de derechos y justicia social se traduce en la subordinación formal y material de la ley al texto constitucional; el respeto a los derechos por parte de los poderes públicos y privados; el deber de los jueces de aplicar la norma constitucional sin que exista desarrollo legislativo; y, la primacía de los derechos constitucionales sobre las disposiciones de la ley, las políticas públicas y las actuaciones de la autoridad.

El control constitucional en el Ecuador dejó de ser un *sistema concentrado* de constitucionalidad donde la Corte Constitucional era el único órgano de control de constitucionalidad, para pasar a ser *semi-concentrado*; donde ahora los jueces ordinarios de primera instancia y de apelación también tienen competencia para ejercer dicho control -denominado *control concreto de constitucionalidad-*⁹² de oficio o a petición de parte, dentro un juicio cuando consideren que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, para lo cual deberán suspender el trámite de la causa para remitir el expediente a la Corte Constitucional, quien únicamente resolverá sobre la constitucionalidad de la norma invocada en un término de 45 días.⁹³

Por otro lado, está la Corte Constitucional como un órgano autónomo e independiente de administración de justicia constitucional, que viene a ser el máximo órgano de control e interpretación constitucional (art. 429, inciso 1 de la Constitución

⁹² Art. 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

⁹³ En caso de que no se pronuncie la Corte, el afectado podrá interponer la acción correspondiente de conformidad con el art.428 de la Constitución, en concordancia, con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que trata sobre la finalidad, objeto, procedimiento y efectos del follo (art. 141, 142 y 143) y art. 81 del Reg. De Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

El art. 428 de la Constitución del Ecuador dice: "Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente."

ecuatoriana) y que tiene como competencia también ejercer el control constitucional de normas, leyes, actos normativos y administrativos de carácter general, enmiendas, decretos, entro otros, previo petición de parte o de oficio, ⁹⁴ denominado *control abstracto de constitucionalidad* ⁹⁵

2.5.2 El régimen jurídico del Ecuador respecto al control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual.-

La Constitución Política de 1998 había dispuesto expresamente que *todos los actos administrativos* de cualquier autoridad debían ser impugnados en la vía judicial (art. 196) y que el Tribunal Constitucional controlaba la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos, resoluciones y actos administrativos de toda autoridad pública (art. 276 num.1 y 272 num. 2) incluidos los actos administrativos de alcance individual. En cambio, la nueva Constitución del 2008 (art. 436 num. 2 y 4)⁹⁶ y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su art. 136 señalan que la Corte Constitucional ejerce el control constitucional de *todos los actos normativos y administrativos de carácter general* que vulneren normas constitucionales, previo petición de parte; pero nada dice sobre el control constitucional de los actos administrativos de alcance individual.

Esta nueva regulación permite ser entendida de tres maneras distintas. En primer lugar, podría entenderse que ya no existe un control de constitucionalidad de los actos administrativos de alcance individual y que por consiguiente, sólo pueden ser atacados a través de la justicia administrativa u ordinaria, 97 como sostiene la doctrina ecuatoriana, 98

⁹⁴ Artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador.- "La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...)

^{(...) 3.-} Declara de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución."

⁹⁵ Art. 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- "El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico."

⁹⁶ Artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador.-: "La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...)

^{2.} Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado (...)

^{4.} Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo. (...)."

⁹⁷ Según el art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y se la podrá presentar contra todo acto u

porque lo único que la Corte Constitucional controla de oficio es la constitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución (art. 436 num. 3), ⁹⁹ pero reiteramos nuevamente que se mantiene un silencio respecto al control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual.

La segunda interpretación es que aunque la Constitución actual nada diga en relación al control de constitucionalidad de los actos administrativos de alcance individual ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este control se lo debe ejercer ya sea a través de la acción de protección que es una garantía jurisdiccional, ante el juez de primera instancia del lugar donde se originó el acto o donde se producen sus efectos, o por medio de una acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, pues como dice la jurista Claudia Escobar: "bien sea atribuyendo la función a la Corte Constitucional, o bien sea atribuyéndolo a la justicia administrativa". ¹⁰⁰

Escobar señala como última interpretación que la falta de regulación del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual en la Constitución no significa su eliminación, sino simplemente un cambio orgánico, ya que bajo el nuevo modelo de control constitucional mixto: el control de las normas con fuerza de ley y de los actos administrativos de alcance general será ejercido por la Corte Constitucional. Pero el control de constitucionalidad y de legalidad de los actos administrativos de alcance individual, será ejercido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Nuestro criterio al respecto, es que en un Estado de derechos deben existir todas las herramientas para cuestionar la constitucionalidad de los actos administrativos de

omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.

⁹⁸ Esta es la interpretación de la doctrina ecuatoriana que sostiene que esta materia es más precisa en la Constitución del 2008 que en la de 1998. La razón es que el artículo 276 num.2 de la Constitución de 1998 hacía referencia a actos administrativos de toda autoridad pública, mientras que el artículo 436 num. 4 de la Constitución del 2008 se refiere a actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La inclusión de los efectos generales es pertinente y clara puesto que si los efectos del acto administrativo son individuales lo que procede no es la acción pública de inconstitucionalidad sino la acción de protección. Grijalva, Agustín, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*, en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Tribunal Constitucional, 2008, p. 264.

⁹⁹ 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

¹⁰⁰ ESCOBAR, Claudia, "Del Tribunal a la Corte. ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?, en Ávila, Ramiro, "La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 318.

alcance individual, por lo que es un contrasentido no haberlo considerado en el ordenamiento jurídico del Ecuador; en segundo lugar, sabemos que un componente del núcleo esencial del derecho al acceso a la justicia es la posibilidad de cuestionar judicial y constitucionalmente los actos de la Administración, por lo que no haber regulado un control implica también una lesión a este derecho; 101 y, por último, si el ordenamiento jurídico prevé el control de oficio de los normas contrarias a la Constitución, con mayor razón debió prever este control para los actos administrativos de alcance individual, porque nos encontramos en un Estado de derechos donde la supremacía constitucional es el principio rector del ordenamiento jurídico, regulado en los art. 424, 425. 426, 427 y 428 de la Constitución ecuatoriana, y donde el art. 426 obliga a los poderes constituidos y a la Función Judicial a que sujeten sus actos y decisiones a lo dispuesto en la Carta Política, pues en ella está expuesta los mandatos que no puede ni deben ser omitidos por ninguna autoridad pública y menos por los jueces quienes cumplen un deber impuesto por la misma Constitución, como un límite para el contenido de sus actos, autos, resoluciones y sentencias. 102

Ahora bien, si de acuerdo al numeral 3 del art. 436 de la Constitución ecuatoriana, la Corte Constitucional puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas en los casos sometidos a su conocimiento, cuando concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución, lo expuesto nos lleva a cuestionarnos si la Corte Constitucional ¿podría también declarar de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual contrario a la Constitución?. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana ya respondió con la sentencia No. 002-09-SAN-CC de 2 de abril de 2009¹⁰³ al contextualizar el alcance de la declaratoria de oficio de inconstitucionalidad de normas conexas de la siguiente manera: "podría inscribirse entre las llamadas garantías liberales que consisten en la invalidación o anulación <u>de actos que violen derechos humanos</u>. Su objetivo es precautelar la efectiva vigencia de la supremacía constitucional, y para su procedencia, se requiere que la Corte concluya,

_

¹⁰¹ Así lo ha establecido en distintas oportunidades la Corte Interamericana de Derecho Humanos sobre el acceso a la justicia y su relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto se puede consultar el documento en: "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos", disponible en http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf. Disponible el: 17 de junio de 2016.

¹⁰² Cfr. García, José, "La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador",... p. 16.

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, Caso 005-08-AN Exenciones tributarias para personas con capacidad diferenciada promovida por Silva Game y Alfredo Luna contra el Procurador General del Estado y Gerente General Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana., Declaratoria de inconstitucionalidad parcial de los arts. 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado e interpretación obligatoria del art. 44 de la Ley Orgánica de Aduana, publicada en el Suplemento Registro Oficial del 08 de de 2009. Disponible 566 abril https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/guia jurisprudencia constitucional t1.p <u>df</u>.

dentro de los casos sometidos a su conocimiento, que una o varias normas son contrarias a la Constitución." ¹⁰⁴

Es decir, la Corte Constitucional amplió los alcances del control constitucional de oficio al referirse a todo "acto que viole derechos humanos" y no se limitó a normas y leyes; y de esta manera, reconoció que la competencia que otorga el artículo 436 numeral 3 garantiza un control integral, tanto para normas como para actos administrativos, incluso los de alcance individual. El caso se trataba de un Dictamen de Consulta del Procurador General del Estado donde para la Corte "esta interpretación cobra pleno sentido por el cambio radical operado en la concepción del Estado ecuatoriano, que a partir de la nueva Constitución se reconoce como Estado constitucional de derechos y justicia; y, que todo esta nueva concepción del Estado y la importancia de la justicia constitucional a cargo de esta Corte, justifican materialmente el ejercicio de un control constitucional amplio y pleno, a fin de dar efectiva vigencia a los derechos constitucionales y humanos y a la supremacía constitucional." 105

En consecuencia, la procedencia del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual se extrae de la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional que es vinculante para todos los operadores de justicia. Pero cabe resaltar, que esta jurisprudencia constitucional surge en virtud de los diferentes cambios, que según dice la misma Corte, se han instaurado a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, como la "justicia constitucional" que obliga a la Corte Constitucional tener un nuevo rol de ser "garante de la Constitución dirigido principalmente hacia la protección de los derechos, superando la mera aplicación de la legalidad, por el análisis de la constitucionalidad del asunto controvertido, en ejercicio de las competencias que la Carta Suprema le asigna", ¹⁰⁶ por lo que sus competencias hoy en día deben ser entendidas y desarrolladas en ese contexto, ¹⁰⁷ como aclara en otro fallo.

¹⁰⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 102-13-SEP-CC, Caso No. 0380-10-EP, del 4 de diciembre del 2013, (disponible en: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/Gaceta_Corte_Constitucional_No._5.pdf)

¹⁰⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, Caso No. 0005-08-AN, del 2 de abril del 2009, (disponible en: http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2009/abril/code/19231/registro-oficial-no-566---miercoles-8-de-abril-de-2009-suplemento#No00209SANCC).

¹⁰⁶ Incluso la Corte Constitucional en el fallo mencionado cita a Ferrajoli para explicar la concepción del nuevo Estado ecuatoriano: "o sea el modelo garantista, no es otra cosa que esta doble función derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia." Esta nueva concepción de validez de las normas asigna un carácter sustancia a la democracia "y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos."

¹⁰⁷ Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia No. 045-11-SEP-CC, Caso No. 0385-11EP del 24 de noviembre de 2011.

Aunque los artículos 428 y num. 3 del art. 436 de la Constitución del Ecuador regulan únicamente el control constitucional de oficio de normas contrarias a la Constitución por parte de los jueces ordinarios y de los jueces de la Corte Constitucional, la misma Corte ha dicho que el Constituyente quiso revelar su clara intención de permitir el control constitucional de oficio o a petición de parte de los actos administrativos de alcance individual por diferentes vías, y no sólo a través de las acciones de inconstitucionalidad, porque el fin siempre es velar por la supremacía constitucional, y evitar que el juez sea impasible ante actos inconstitucionales. ¹⁰⁸ Por estas razones, admitimos y apoyamos este criterio a fin de que el numeral 3 del art. 436 de la Constitución ecuatoriana sea interpretado de manera amplia, conforme ha dicho la Corte Constitucional en los fallos citados, en mérito de los principios garantistas del nuevo Estado de derechos, a pesar de que los constituyentes hayan omitido una regulación al respecto.

Además, como dice la Corte, el control constitucional en el Ecuador no sólo puede entenderse en su concepción "clásica" al limitarse a expulsar del mundo jurídico a normas y leyes incompatibles con la Constitución, sino que en aras de los principios que rigen en el nuevo Estado constitucional de derechos, y ante ausencia de norma que autorice un control constitucional sobre los actos administrativos de alcance individual, debe entenderse que también opera sobre este tipo de actos pero que tengan relación directa con la causa sometida a conocimiento de la Corte Constitucional. 109

Para nosotros, esta nueva concepción del Estado y la importancia de la justicia constitucional justifican materialmente el ejercicio del control constitucional a petición de parte o de oficio de los actos administrativos de alcance individual, para dar vigencia efectiva a los derechos humanos y a la supremacía constitucional, y de esta manera como dice la Corte se "asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos".

¹⁰⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, Caso No. 0005-08-AN, del 2 de abril del 2009, (disponible en: http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2009/abril/code/19231/registro-oficial-no-566---miercoles-8-de-abril-de-2009-suplemento#No00209SANCC).

¹⁰⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 102-13-SEP-CC, Caso No. 0380-10-EP, del 4 de diciembre del 2013, (disponible en: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/Gaceta_Corte_Constitucional_No._5.pdf)

CAPÍTULO TERCERO

La función del juez, frente a actos administrativo de alcance individual inconstitucionales y los efectos jurídicos del control constitucional de oficio de dichos actos

En este capítulo analizaremos dos cuestiones: la función y comportamiento de los jueces frente a actos administrativos inconstitucionales de alcance individual, dentro de lo cual examinaremos la forma en que el juez debe evitar transgredir el derecho a la defensa de las partes al declarar de oficio su inconstitucionalidad; y, finalmente determinaremos los efectos jurídicos de la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de dichos actos, y el análisis de su alcance.

3.1. ¿Cuál debe ser la función de los jueces frente a actos administrativos de alcance individual inconstitucionales?.-

En virtud del principio de la supremacía constitucional, se ha asignado a los jueces por medio de la Constitución un deber insustituible que es ser los: guardianes y custodios de la inviolabilidad de la Constitución, porque como bien dice Sagüés este principio constitucional exige un "sustento conductista, es decir, el comportamiento de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, como de castigar las infracciones a tal supremacía". 110

Es decir, la supremacía constitucional insta a los jueces velar que todos los actos estatales estén conforme la Constitución a través de un control de constitucionalidad; pero, si en un proceso judicial hay una clara y fuerte convicción -sin necesidad de pruebas o de una investigación procesal- de una incompatibilidad de un acto administrativo de alcance individual con la Constitución por su evidente o manifiesta transgresión a la misma, nosotros creemos que no debe caber duda para que el juez ejerza de oficio dicho control. De esta manera, el juez cumple con su deber impuesto en el art. 116 de la C.N.¹¹¹ de ser un "controlante de la legitimidad constitucional"¹¹²como bien lo ha dicho Bianchi. Por lo tanto, el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual viene a ser un medio para respetar la efectiva vigencia de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales.¹¹³

¹¹⁰ SAGÜÉS, Néstor, en el prólogo al libro de BIANCHI, Alberto, "Control de constitucionalidad", Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 13-14.

¹¹¹ El Art. 116 de la Constitución Nacional.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

¹¹² BIANCHI, Alberto, 339.

¹¹³ Es indudable el derecho del Estado a defender las instituciones, pero, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "(...) más importante es mantener la inviolabilidad de la Constitución y de los derechos que acuerda a los ciudadanos. Fuera de la Constitución no cabe esperar sino la anarquía o la tiranía (...) ésta (la Constitución) debe ser considerada como obligatoria y santa por cada ciudadano,

3.1.1 ¿En qué ámbito los jueces deben controlar de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual?.-

Como ya lo hicimos notar en el capítulo anterior, el control constitucional en la Argentina es judicial, ello quiere decir que su ejercicio está a cargo del Poder Judicial, que implica todos los jueces sin distinción de fueros o jerarquías, ¹¹⁴ incluso porque el art. 116 de la C.N. ordena a la Corte y a los tribunales inferiores actuar en todas las "causas" que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes del Congreso. En consecuencia, el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual debe desarrollarse dentro de una causa judicial, ¹¹⁵ así lo ha dicho recientemente la Corte Suprema en el fallo "Droguería Aries S.A. c/Santa Fe", ¹¹⁶ porque el fin es preservar la división de poderes; pues de ninguna manera con este control el juez estaría interviniendo en cuestiones meramente declarativas o consultivas.

Para efectos de este control, consideramos que el acto administrativo de alcance individual no necesariamente debe ser el motivo del litigio, porque este control debe operar en cualquier causa judicial donde el juez pueda comprobar directamente la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual que sea parte de la causa, sin petición de parte ni requerimiento formal (*v.gr.*: una causa judicial en la que se discute la rescisión de un contrato de obra pública, pero que surge del proceso y a la vista del juez que la resolución de adjudicación es inconstitucional por ser lesiva al derecho a la igualdad de oferentes debido a la falta de publicación en el portal electrónico de compras públicas).

3.1.2 ¿Puede el juez controlar de oficio la constitucionalidad de actos administrativos en "casos abstractos"?.-

No es casualidad el hecho de que la Corte Suprema el 9 de abril de 1984 con la Acordada No. 4 haya analizado la inconstitucionalidad de la ley 22.192 -que atribuye a

hasta que no haya sido cambiada por un acto público de la voluntad nacional (...)". Corte Suprema de Justicia, "Armando Arjones y otros s/recurso extraordinario", 1941, Fallos: 191:197.

¹¹⁴ Así lo ha expresado la Corte Suprema en reiteradas decisiones tales como: "Sergio Pablo Artigue", Fallos, 317:247 (1994); "Wiltlem Covaci", Fallos, 323:477 (2000); "Gallardo c/Trenes de Buenos Aires", Fallos, 323:2590 (2000)

¹¹⁵ Así señalo la Corte Suprema en el fallo del "Banco Hipotecario c/Prov. de Córdoba", del 26 de junio de 1963 (Fallos: 256:104) en el que el actor pretendió la invalidez de la ley local 4582, por vulnerar a su juicio, diversas normas de la CN y de su Carta Orgánica, el Tribunal, reiterando la anterior doctrina, agregó que "la decisión por parte de los jueces de la Nación de cuestiones constitucionales, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional, toda vez que el principio de la coordinación y la separación de los poderes impone al judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional, le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, "Droguería Santa Fe c/Prov. San Fe" (Fallos 322-678), del 20 de abril de 1999.

la Corte la función de designar los integrantes del tribunal de ética forense- y declarado su inconstitucionalidad sin una causa judicial, ¹¹⁷ para nosotros poder plantear la posibilidad de que no siempre debe existir una causa judicial para que el juez ejerza el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, porque creemos que de *manera excepcional* también podría ejercerlo en un "caso abstracto". ¹¹⁸

Tomemos como ejemplo el caso en que la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de algunos arrestos en los procesos de hábeas corpus que los arrestados habían planteado sin perjuicio de que ya habían cesado¹¹⁹ a fin de conocer los motivos de su detención, pues por lo general los arrestos duraban treinta días y no podían ser alcanzados por una decisión judicial debido a su poca vigencia. El caso descrito, nos lleva a plantear la posibilidad de ejercer el control constitucional de oficio de un acto administrativo de alcance individual en un "caso abstracto", así por ejemplo en el caso citado, cuando los efectos del acto administrativo de alcance individual cesaron, porque siempre subsiste el interés jurídico suficiente y su deber de resguardar la supremacía constitucional que lo motiva actuar de oficio.

Otro caso, es el fallo "Haydée Alberti" en el que se solicitaba la inconstitucionalidad del decreto-ley 4214/63; sin embargo, en el momento en que la Corte debía tratar el recurso extraordinario el decreto-ley había sido derogado por la ley 16.648 volviendo abstracto cualquier pronunciamiento que se hiciere. Sin embargo, ante lo sucedido la Corte dijo: "la subsistencia de interés jurídico suficiente para la procedencia del recurso es susceptible de comprobación por esa Corte, incluso de oficio, por tratarse de un requisito jurisdiccional, conforme a reiterada jurisprudencia sobre el punto". 121

3.1.3 ¿En caso de que las partes renuncien a los derechos que otorga el acto administrativo inconstitucional -a efectos de que continúe siendo aplicado- el juez aún debe proceder de oficio y declarar su inconstitucionalidad?.-

¹¹⁷ La Ley, tomo 1984-B, p. 82.

¹¹⁸ Entiéndase, según Alberto Bianchi por "casos abstractos" aquellos casos que fueron originalmente justiciables pero que dejaron de serlo porque sucedieron determinados hechos sobrevinientes al momento de la acción, que lo convirtieron en un caso abstracto; y como tal carente de interés judicial. Así, por ejemplo durante el proceso de divorcio, los cónyuges se concilian, o se dentro de una demanda civil de carácter personal, muere el acto ("Done v. United States", 423 U.S. 325 (1976)) o si un detenido es liberado durante el proceso (North Carolina v. Rice" 404 U.S 244 (1971)). Para un tratamiento más a detalle del tema puede verse en Alberto BIANCHI, "Control de constitucionalidad", *ob. cit.*, 303.

¹¹⁹ Fallos 155: 182 del 2 de agosto de 1929.

¹²⁰ Fallos, 260: 153 de 1964.

¹²¹ Fallos, 260:254 de 1964.

Este supuesto nos ha surgido a partir de que el doctor Laplacette afirma que la Constitución Nacional reconoce una enorme cantidad de libertades que son perfectamente disponibles a cuyo ejercicio la parte puede renunciar libremente, porque no todas las cláusulas constitucionales son de orden público, por lo que es permitido a los particulares la posibilidad de renunciar a sus beneficios.

Esta posición propuesta por Laplacette, y anteriormente planteada por Miguel de Padilla¹²² hace hincapié en que la declaración oficiosa de inconstitucionalidad procede incluso contra la voluntad de las partes (renuncia) porque la Constitución reconoce derechos subjetivos a los particulares que por su naturaleza les permite a sus titulares renunciar total o parcialmente, ya que la misma idea de libertad que rige en la Constitución encierra la posibilidad de usar o no la Constitución, porque no se ve una lesión al orden público constitucional. Por lo tanto, según esta postura, la disposición del art. 19 de la C.N. es la que permite a los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma aún en contra de la voluntad de la renuncia de las partes cuando se encuentren en juego determinados elementos esenciales del régimen constitucional, pero no cuando se trate de derechos disponibles, al establecer que están: "exentas de la autoridad de los magistrados las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública". Caso contrario, afectaría la libertad del individuo y el derecho a la defensa, ya que si alguien no tiene intención de reclamar la aplicación de un derecho constitucional disponible, el Poder Judicial no tiene por qué obligarlo a que así lo haga, 123 pues la renuncia se trata de un principio que encuentra su protección en la primera parte del art. 19 de la C.N., donde según Moliné O'Connor, el ciudadano tiene el derecho de rechazar la vigencia de los actos del Ejecutivo y del Legislativa, y por ende la intromisión del Poder Judicial. 124

_

¹²² PADILLA, Miguel, "El orden público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad", en LAPLACETTE Carlos José, "Control de constitucionalidad de oficio y Estado Constitucional de Derecho" (2011), La Ley, en http://www.bclc.com.ar/articulo_laplacette_09.htm#FN2, (disponible el 13 de marzo de 2016).

¹²³ Así, Laplacette indica que si un exportador creyera que las retenciones dispuestas por resolución ministerial no son inconstitucionales, pero advirtiera que han sido mal liquidadas y desea recurrir a la justicia para que se le devuelva lo percibido en demasía, ¿deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de las retenciones por violar el principio de legalidad tributaria?. O una persona que ejecuta una deuda en dólares alcanzada por las leyes de emergencia, pero sin cuestionar dicha normativa, ya que solamente quiere que se le abone lo adeudado conforme dicha legislación, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de las normas que imponen la pesificación? Entendemos que la respuesta debe ser negativa, ya que si alguien no tiene intención de reclamar la aplicación de un derecho constitucional disponible, el Poder Judicial no tiene por qué obligarlo a que así lo haga.

MOLINÉ O'CONNOR, Eduardo J. "El control de constitucionalidad y las garantías individuales", en Seminario sobre jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, EDUCA, Buenos Aires, 1999, p. 118, en LAPLACETTE Carlos José, "Control de constitucionalidad de oficio y Estado Constitucional de Derecho" (2011), La Ley, en http://www.bclc.com.ar/articulo_laplacette_09.htm#FN2, (disponible el 13 de marzo de 2016).

Al margen de lo dicho, apoyamos la posición que sostiene que la renuncia de los derechos es irrelevante para la obligación del juez de aplicar el derecho constitucional válido, pues un acto que agravia la supremacía de la Constitución obliga al juez a declarar de oficio su inconstitucionalidad, debido a que las partes nunca pueden limitar la aplicación del derecho al juez que es libre de actuar, 125 y que por el imperio del *iura novit curia* deben aplicar sólo el derecho válido con independencia del derecho invocado por las partes, ya que de lo contrario la supremacía constitucional no sería de orden público; y como venimos sosteniendo durante este trabajo, el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual es una cuestión puramente jurídica. Permitir lo contrario, dice Pablo Manilli, implicaría afirmar que la Constitución admite acuerdo en contra, con "grosera violación al principio de supremacía constitucional." 126

3.1.4 ¿Si un acto administrativo de alcance individual es inconstitucional porque emana de la aplicación de leyes contrarias a la Constitución, de qué manera debe proceder el juez?.-

Proponemos el caso en que habrá ocasiones que el juez no tendrá otra opción más que la que no sea la de declarar de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual porque éste ha surgido de la aplicación de una ley provincial y de una ley nacional, ambas contrarias a la Constitución de la Nación. A nuestro modo de ver, el juez al detectar tal irregularidad deberá declarar de oficio la inconstitucionalidad del acto y por consecuencia la de las leyes inconstitucionales que motivaron a este acto; caso contrario, sería una solución incompleta. Así, por ejemplo, una ley local militar que prohíba que los oficiales varones se casen con mujeres oficiales y una ley nacional que disponga que los oficiales únicamente pueden casarse con personas nacionales y no extranjeras. Ante esta situación, la declaración de oficio de inconstitucionalidad no sólo debe alcanzar a la resolución que prohibió el casamiento al oficial "X", sino también a ambas leyes por ser inconstitucionales.

Otra sería la situación si las leyes son contradictorias entre sí y de ellas haya emanado un acto administrativo; creemos que en ese caso, el juez deberá aplicar el acto conforme la ley que más se ajuste a la Constitución. Así, por ejemplo: si el reglamento orgánico de un Ministerio de la Provincia de Buenos Aires establece que el horario de trabajo es de ocho horas más un receso de una hora; y el Código del Trabajo establece que los trabajadores no deberán trabajar más de ocho horas diarias incluido el receso. Del ejemplo, vemos que ambas normas son contradictorias; sin embargo, el juez deberá

¹²⁵ Cfr. BIANCHI, Alberto, "Control de Constitucionalidad", Ob. Cit., p. 41.

¹²⁶ MANILLI, Pablo Luis, "La Constitución es de orden público y no admite acuerdo en contrario", en LAPLACETTE Carlos José, "Control de constitucionalidad de oficio y Estado Constitucional de Derecho" (2011), La Ley, en http://www.bclc.com.ar/articulo_laplacette_09.htm#FN2, (disponible el 13 de marzo de 2016).

aplicar el acto conforme el Código de Trabajo por ser el que más se ajuste a la Constitución a fin de no declarar inconstitucional el acto y así no vulnerar el derecho al trabajo de ocho horas de trabajo, ni el derecho al descanso de los servidores públicos.

3.2. ¿ Cuál es la forma con la que el juez debe evitar transgredir el derecho de la defensa en juicio de las partes al momento de declarar de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual?.-

A pesar de que en el Capítulo Segundo dijimos que el derecho a la defensa no se afecta con la declaración de oficio de inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual, creemos no haber dicho lo suficiente para quienes aún no se convencen de que tal derecho no resulta vulnerado; por lo que consideramos necesario determinar la forma con la cual el juez debe evitar transgredir este derecho al momento de controlar de oficio la inconstitucionalidad de este tipo de actos. Dos son las posiciones que proponemos para resolver esta cuestión.

Por un lado, está la posición que nace del voto disidente de los jueces López y Bossert en el fallo "Mill de Pereyra" al resolver la alegación de la Provincia, respecto a la afectación del derecho de defensa por la declaración de oficio de inconstitucionalidad de la Ley de Convertibilidad y de la Ley 4558, en los siguientes términos: "(...) en cuanto a la alegada violación del derecho de defensa que derivaría de no haberse oído previamente a las partes respecto de las normas invalidadas por el a quo,(...) lo cierto es que los litigantes han tenido suficiente oportunidad de ser oídos sobre el punto en el remedio federal y su escrito de contestación, lo que torna inoficioso pronunciarse esta Corte en la medida en que el derecho de defensa de las partes aparece debidamente resguardado con el procedimiento cumplido en estas instancias." 127

Lo que importa considerar de esta postura para efectos del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, es que se vuelve innecesario que los jueces tomen una medida de mejor proveer, como el traslado a las partes, porque el derecho a la defensa en juicio ya fue ejercido lo suficiente durante el proceso, por lo que este derecho aparece debidamente protegido.

El deber de los jueces de prestar un "adecuado servicio de justicia" exigido por el art. 18 de la C.N. permite obviar ciertas formalidades, que según la Corte en el fallo "Cavia y Bonapelch" encubren muchas veces la sustancia que define a la justicia en un Estado Social contemporáneo. Dentro este argumento, podríamos decir que en el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual el traslado previo sería innecesario porque en primer lugar desnaturalizaría el ejercicio

¹²⁷Corte Suprema de Justicia, "Mill de Pereyra y otros c. Provincia de Corrientes", Considerando 9°, 27 de septiembre de 2009.

¹²⁸ Fallos, 160:101 (1930).

oficioso del juez; en segundo lugar, porque pasaría a convertirse en un *ritualismo inútil* que retardaría la solución; en tercer lugar, podría generar un abuso a la justicia en caso de que sea indebidamente utilizado, por ejemplo para dilatar el proceso o para beneficiar intereses de una de las partes, lo cual agravaría aún más los derechos en juego; en cuarto lugar, la inconstitucionalidad que compromete la supremacía de la Constitución merece una respuesta inmediata por parte del juez; y en quinto lugar, el juez debe declarar de oficio su inconstitucionalidad de inmediato una vez detectada, porque este control no puede depender de los fundamentos que arguyan los litigantes.

Hay una posición intermedia, que es la de Bianchi¹²⁹, quien advierte que ni siquiera la ausencia del traslado previo afectaría el derecho de defensa en juicio, porque para él lo que realmente afecta a este derecho es la eventualidad de encontrar en la sentencia decisiones que eran ajenas a la misma, porque no fueron planteadas por las partes o porque ya han sido resueltas o por cualquier otro motivo.

Por otro lado, se enfrenta la posición que promueve la ejecución de un "*traslado previo*" a la declaración de oficio de inconstitucionalidad, a fin de garantizar el derecho de defensa en juicio de la parte afectada por dicha declaración; y que surge de quienes aprueban el control de oficio de constitucionalidad, entre ellos los jueces Fayt, Belluscio y Boggiano en el fallo "Mill de Pereyra", y los doctrinarios: Vanossi¹³⁰ y Alsina Atienza. Las razones por las cuales consideramos que debe llevarse a cabo un traslado previo al control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, son las siguientes:

- La inconstitucionalidad debe ser apreciada tomando en cuenta distintos datos fácticos sobre los cuales debe permitirse a las partes expresar su opinión, ya que si ellas sabían que la disputa versaba sobre la inconstitucionalidad, hubieran podido producir ciertas pruebas que fueron omitidas precisamente por no haber tenido noticias de la disputa constitucional, caso contrario se afecta su derecho a la defensa en juicio.
- En un Estado Social de Derecho como Argentina, el derecho a la defensa en juicio es "(...) inherente a la persona humana, es una cuestión de orden público, indisponible para las partes e insusceptible de renuncia; se erige como un principio fundamental y esencial de todo procedimiento administrativo y judicial justo"; ¹³¹ por lo que si no se le concede el traslado a las partes previa a la declaración de oficio de inconstitucionalidad "se estaría comprometiendo no

¹²⁹ Cfr. BIANCHI, Alberto, Ob. Cit., p. 340

¹³⁰ VANOSSI, Jorge R. "Obra legislativa", tomo I, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1987, pp. 43-46.

¹³¹ COMADIRA, Fernando Gabriel, "Suspensión administrativa de los efectos del acto administrativo estable en el Estado constitucional y social de derecho, en revista EL Derecho Administrativo, No. 13.285, 02 de octubre de 2015.

- sólo el derecho a la defensa consagrado en el art. 18 de la Ley Fundamental, sino también uno de los principios cardinales actuales del Estado constitucional y social de derecho: la denominada "tutela judicial efectiva." ¹³²
- Promueve el grado de igualdad de las partes, a través del papel decisivo que el juez debe cumplir en el Estado Social de Derecho. Caso contrario dicho control podría ser visto como la adopción de una posición paternalista, 133 que en un Estado Social de Derecho no es aceptado, sino salvo una justificación muy especial.
- Según el doctor Carlos José Laplacette¹³⁴, el *iura novit curia*, hoy en día se ha convertido en un dogma de fe cuya inexactitud es empíricamente inverificable, porque los jueces no pueden dominar todo el Derecho.¹³⁵
- Según Kelsen, el juez se encontraría en una mejor posición para juzgar, ya que contará con mayor información sobre el caso proporcionada por las partes, ¹³⁶ pero más allá de esta utilidad procesal, el "contradictorio", sirve para evitar una sentencia inconstitucional que lesione aún más el derecho de defensa, así lo entendió la Corte Europea de Derechos Humanos en la causa "Ruiz-mateos v. España" de 23 de junio de 1993. ¹³⁷

¹³² La "tutela judicial efectiva" implica el derecho de toda persona al acceso a la justicia en defensa de sus derechos. (art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica); el derecho de acceso a la jurisdicción en pleitos contra el Estado (arts. 116 y 117 de la C.N.); y, el art. 109 de la Ley Fundamental, el que veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales. (PERRINO, Pablo, "El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa", En revista de Derecho Público editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso Administrativo-I, pp. 257-294, en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La tutela Judicial efectiva y el acceso a la jurisdiccion contencioso_administrativa._pdf, (disponible el 08 de abril de 2016).

¹³³ Para Norberto Bobbio, al Estado paternalista se le ha atribuido el derecho de intervención en la esfera interior del individuo, con base en la consideración de que cada individuo, tiene necesidad de ser protegido de sus propias inclinaciones e impulso.

¹³⁴ LAPLACETTE, Carlos José, "Control de constitucionalidad de oficio y Estado Constitucional de Derecho" (2011), La Ley, en: http://www.bclc.com.ar/articulo-laplacette-09.htm#FN2, (disponible el 13 de marzo de 2016).

¹³⁵ Laplacette, también nos muestra un realidad que refiere al tema que es conocido por todos, y es que hoy en día las sentencias no son redactas por el juez, sino por algún empleado que no ha logrado aprobar las materias de la carrera o ni siquiera ha iniciado sus estudios en Derecho.

^{136 &}quot;Se desconoce el verdadero sentido de la así llamada "forma judicial" y su utilidad para el procedimiento ante una autoridad que desempeña el papel de "defensor de la Constitución", si no se ve el hecho sociológicamente fundante del cual surge la organización del proceso contencioso: el hecho de que... también en la sentencia de un Tribunal. y en especial en la de un "defensor de la Constitución", participan intereses opuestos, de manera que toda "decisión" se toma acerca de la oposición de intereses, es decir, a favor de uno u otro, o en el sentido de una mediación entre ambos; así, un proceso contencioso, aun cuando no llegare a nada, es bueno por exponer claramente la real situación de los intereses", KELSEN, Hans en LAPLACETTE Carlos José, "Control de constitucionalidad de oficio y Estado Constitucional de Derecho" (2011), La Ley, en: http://www.bclc.com.ar/articulo_laplacette_09.htm#FN2, (disponible el 13 de marzo de 2016).

¹³⁷ En este caso, la Corte Europea condenó a España por violar el derecho a un juicio "fair" reconocido en el art. 6.1. de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. ¹³⁷ Es decir, el tribunal, haciendo lugar

3.3. La responsabilidad de los jueces por su inacción frente a actos administrativos inconstitucionales de alcance individual.-

Quienes nos inclinamos en favor del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, nos preguntamos: ¿cuáles serían las consecuencias tanto para el sistema jurídico como para el juez y las partes, en caso de que el juez sea indiferente ante la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual en una causa judicial?.

Ante tal inquietud, consideramos que la primera consecuencia es la configuración de inseguridad jurídica en el sistema jurídico, por permitir subsistir actos administrativos inconstitucionales en el mundo jurídico. En segundo lugar, habría privación del derecho de las partes a un adecuado servicio de justicia. En tercer lugar, se generaría responsabilidad civil, administrativa y penal para los jueces por dejar de ser los guardianes de la Constitución, ¹³⁸ ya que Constitución sin protección es Constitución sin supremacía, según Roberto Dromi¹³⁹.

Todas estas consecuencias conllevan a que el juez podría ser objeto de un juicio político por "mal desempeño", definido por la Corte Suprema de Justicia en los fallos 310:2845 como los: "actos de un funcionario que (...) perjudiquen al servicio público, deshonren al país o la investidura pública e impidan el ejercicio de los derechos y garantías de la Constitución".

De lo antedicho, la verdad es que el control constitucional de oficio de un acto administrativo de alcance individual trasciende la esfera individual del juez y se

al planteo de Ruiz-Mateos, señaló que un juicio justo incluye el derecho fundamental de que se haya proveído el procedimiento contradictorio, lo cual "significa la oportunidad para las partes de conocer y comentar respecto de los argumento esgrimidos o de los elementos de prueba presentados por la otra parte". La Corte continuó diciendo que si la cuestión de la constitucionalidad de las leyes se lleva dentro de un proceso donde se discuten derechos civiles de un particular, a ese particular debe garantizársele el libre acceso a las observaciones de las otras partes, así como también la oportunidad de alegar respecto de estas observaciones. En este caso, ese derecho no estuvo asegurado, porque no se le permitió presentar sus argumentos ante la audiencia, ya que se le había impedido replicar las observaciones que efectuó el Fiscal de Estado ante el Tribunal Constitucional.

Este caso, nos lleva a pensar que la violación al derecho a la defensa estuvo presente a pesar de que el actor expuso sus argumentos pero no pudo opinar sobre los argumentos de la contraparte y donde se discurría un derecho civil.

¹³⁸ Art. 233 Constitución del Ecuador.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

¹³⁹ DROMI, Roberto, "Los jueces. ¿Es la justicia un tercero del poder?", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 71.

proyecta fuera del caso, impactando en todo el sistema de justicia, ¹⁴⁰ evidenciando un daño al servicio de justicia y menoscabando su investidura (Fallos: 304:1544, 305:113). Sin embargo, no sería extraño presentir que el control constitucional de oficio termine por satisfacer intereses políticos o personales, en lugar de resolver la contienda en resguardo de la supremacía de la Constitución.

3.4. ¿Cuáles son los efectos de la declaración de oficio de inconstitucionalidad de los actos administrativos de alcance individual?

Lo primero que necesitamos conocer es el tipo de sentencia que contendrá la declaración de oficio de inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual, lo que nos llevará a identificar sus efectos y alcance.

3.4.1 ¿Qué tipo de sentencia será la que el juez declare de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual?

Se trata de una sentencia "declarativa" porque el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una invalidez preexistente, que se agota con su pronunciamiento. Es una declaración de violación de la Constitución, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar. Al declarar la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual, no ordena cumplir una prestación ni crear un estado jurídico nuevo. Presupone que todos los órganos jurisdiccionales puedan ejercitarlo, pero sin alterar o sustituir el contenido del acto, caso contrario implicaría un conflicto de poderes.

Sin embargo, no por ser una sentencia declarativa impide que el afectado -por el acto administrativo inconstitucional- pueda plantear una acción de daños y perjuicios

¹⁴⁰ Ello es inevitable, pues cada vez que un juez declara la inconstitucionalidad de una norma, está adoptando una postura ante él y ante la Constitución, que supone la existencia de una toma de posición por ser parte de su investidura, que están respetable ideológicamente como la que animó al legislador al sancionarla. Lo que el juez sostiene adquiere entonces una dimensión política inevitable. BIANCHI, Alberto, "Control de constitucionalidad", 195.

¹⁴¹ Según Maximiliano Toricelli, las sentencias se dividen en *declarativas* y de *condena*. Son sentencias *declarativas*, "aquellas que eliminan la falta de certeza acerca de la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico", la característica principal de este tipo de sentencias es que se agotan con su pronunciamiento. En cambio, las *sentencias de condena*, además de ser una declaración imponen el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer; cuentan con un plus, respecto a las sentencias declarativas, ya que en caso de ser incumplidas, otorgan a favor del titular del derecho "la acción tendiente a objetar su ejecución coactiva", según señala Lino Palacio. (PALACIO, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo 2, 9° ed. Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 22.)

¹⁴² Art. 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (Ecuador).

contra el Estado. Veamos un ejemplo muy sencillo donde la Corte, en el fallo "Y.P.F. c. Provincia de Tierra del Fuego" rechazó la medida cautelar solicitada y dijo:

"(...) incluso en los casos en lo que procedió la acción declarativa solicitada, no se consideró que la sustanciación del juicio debiera impedir la percepción del impuesto pretendida, toda vez que el procedimiento reglado por el art. 322 del CPCCN¹⁴³ no excluye necesariamente el cobro compulsivo que la demandada estaría habilitada a intentar por las vías procesales que considere pertinentes." ¹⁴⁴

3.4.2 ¿Cuáles son los efectos de la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo inconstitucional?.-

Al igual que la declaración de nulidad de los actos administrativos que produce la invalidez del acto, y por ser la inconstitucionalidad también una sanción que priva de los efectos propios al acto, el efecto que trae consigo la declaratoria oficiosa de inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual es la *invalidez* del acto, hecho que deviene en la expulsión del acto administrativo del mundo jurídico y por ende su inaplicación.

Es decir, la declaración de oficio de inconstitucionalidad del acto traerá como consecuencia lógica la retroactividad de su efectos, debido a que la inconstitucionalidad actúa como un vicio que causa la extinción del acto que se configura en el momento de su emisión; por ende, según palabras de Julio R. Comadira "a una causa originaria deben, en principio, corresponder también efectos iniciales". 145

Creemos que esto es así, porque la retroactividad es un principio general del Derecho Administrativo que opera ante toda declaración de invalidez de un acto administrativo, que ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los fallos "Constructora Schmidt" de 1937 y en el fallo "Ganadera Los Lagos" de 1941, donde la Corte dijo: "Con arreglo a lo prescripto por el art. 1050 del Código Civil, la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado". Por lo tanto, los efectos de la declaración de oficio de inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual son ex tunc (retroactivos) y surte efectos de cosa juzgada material, es definitiva e irrecurrible, ya que toda sentencia que declara la invalidez de un acto

¹⁴³ Art. 322 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.- Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.
¹⁴⁴ Fallos, 322:2275.

¹⁴⁵ ALSINA ATIENZA citado por COMADIRA Julio R, *Ob. Cit.* p. 433.

¹⁴⁶ Fallos: 179:249.

administrativo de alcance individual conlleva su *revocatoria*, lo que implica su expulsión del mundo jurídico desde su nacimiento -jamás debió producir efectos jurídicos- debido a la inconstitucionalidad

A pesar de que consideremos que los efectos de la declaración de oficio de inconstitucionalidad de los actos administrativos de alcance individual será retroactiva, Julio R. Comadira nos advierte que en ciertas situaciones la retroactividad puede ser amortiguada como cuando la seguridad jurídica exige su resguardo o para preservar la plena vigencia de los derechos constitucionales y el interés general. En este mismo sentido, se ha pronunciado Garrido Falla pero diciendo que la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo a más del análisis de la invalidez que afecta al acto requiere de una apreciación de los intereses que están en juego; lo que nos invita a reflexionar en una posible modulación de los efectos en el tiempo de las sentencias que declaran la invalidez de los actos administrativos, de retroactivos a futuros.

Ante tal realidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha introducido a los efectos *inter partes* y *erga omnes* el elemento temporal; es decir, puede haber efectos *inter partes* o *erga omnes* con efectos *inmediatos* o *diferidos*. Esto último significa que, a fin de evitar problemas, la Corte ha cambiado los efectos en el tiempo de las sentencias en salvaguarda de ciertos principios constituyentes de un Estado Social de Derecho, tales como: el bien común, la seguridad jurídica, la buena fe, la confianza legítima, justicia, etc.; y por motivos de: conveniencia, utilidad, bienestar institucional. La finalidad es evitar efectos contraproducentes que la retroactividad podría ocasionar, por lo que cabe considerar ciertos bienes jurídicos o intereses, la previo a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad.

Ahora bien, si el juez difiere los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

retroactivos con el fallo "Tellez" (Fallo: 308:552) en 1986, y empezó por asignar efectos futuros a las declaraciones de inconstitucionalidad de la norma, siendo sus razones para ello el "afianzamiento a la seguridad jurídica, y evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales".

Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina comenzó por abandonar los efectos

¹⁴⁸ Fue el fallo norteamericano "Linkletter v. Walker" (381 US 618) del año 1965, en el que la Corte declaró que como "*la Constitución ni prohíbe ni exige el efecto retroactivo*"; los efectos de una sentencia anterior que declaró la inconstitucional las pruebas sobre las que se basó el tribunal para condenar al recurrente, operan para el futuro, careciendo de efectos retroactivos. La Suprema Corte norteamericana valoró, en ese fallo, los efectos contraproducentes que ocasionaría la retroactividad, pues la justicia tendría que revisar todos los procesos en que se utilizaron las pruebas que fueron declaradas inconstitucionales, mediante una ponderación de los intereses. Pie de página citado por CASSAGNE, Juan Carlos, "*Derecho Administrativo*", *Ob. Cit.*, p. 55.

Entre los ejemplos representativos de remedios constitucionales otorgados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se encuentran los fallos que se identifican a continuación: Siri, Fallos 239:459; Delfino, Fallos 275:407; Tellez, Fallos 308:552; Giroldi, Fallos 318:514; Miño, Fallos 329:997; Sacoar, Fallos 311:2082; Ravinovich Fallos 312:767; Navarro Hermanos, Fallos 319:2211; Badaro, Fallos 329:3089; Rosza, Fallos 330:2361; Mendoza III (8 de julio de 2008).

de oficio de los actos administrativos de alcance individual, siguiendo a Brond, creemos que esto dificultaría el acceso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en lo atinente a la regla del previo agotamiento de los recursos internos conforme el art. 46 de la CADH, porque el efecto diferido complica observar desde cuándo están agotados los recursos del derecho interno, siendo una respuesta forzosamente opaca dice Brond citando a Calogero Pizzolo. Es decir, para considerar agotados los recursos del derecho interno se considera a partir de la declaración de la sentencia. Si lo esencial es la declaración, entonces los recursos del derecho interno ya estarían agotados con la sentencia declaratoria de oficio de inconstitucionalidad. Pero este no es el caso, porque lo esencial es la consecuencia de la sentencia. En este supuesto, el Estado argentino podría oponer la excepción de no agotamiento de los recursos internos respecto del efecto diferido de la sentencia, y por ende, la probabilidad de éxito ante un planteo internacional disminuye.

3.4.3 ¿Cuál es el alcance de los efectos jurídicos de la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual?

Por último, y en aplicación de las reglas expuestas en los acápites anteriores, el alcance de los efectos de la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual debe ser "inter partes"; es decir, extendidos únicamente a quien participa de los efectos del acto.

CONCLUSIONES

Una vez comprobada la hipótesis planteada a inicios de este trabajo, que trata del habilitamiento del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, nos ha permitido arribar a importantes conclusiones, expuestas a continuación:

- En el ordenamiento jurídico argentino no existe una definición legal de "acto administrativo de alcance individual"; sin embargo, el profesor Julio R. Comadira definió una concepción técnica de este tipo de actos y los distinguió del régimen jurídico de los actos administrativos de alcance general, la cual nos acogemos para fines de este trabajo.
- Un acto administrativo de alcance individual que carece de uno o alguno de los elementos esenciales prescritos por la L.N.P.A. y su Reglamento que lo conforman o que alguno de ellos padece de un vicio grave *ergo* es un acto nulo de nulidad absoluta, que se convierte en un acto ilegítimo por carecer de validez y eficacia. Los vicios graves pueden ser ostensibles, notorios o evidentes *ergo* el acto ilegítimo también pueden adolecer de una nulidad manifiesta, cuya existencia resulta de la simple lectura del acto y cuyos caracteres ilegítimos le serán revelados al intérprete por su conocimiento integral del Derecho.
- No todo acto administrativo de alcance individual ilegítimo es inconstitucional porque no basta que exhiba un vicio grave y patente o la manifiesta inexistencia de un elemento esencial, sino que además se requiere que sea incompatible con la Constitución de manera dogmática, cuando lesiona arbitraria y manifiesta los derechos o garantías reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos; o que sea incompatible orgánicamente, cuando viola directamente los principios rectores e inspiradores de la Constitución, incluso su preámbulo, y transgrede las competencias constitucionales otorgadas a autoridades.
- La lesión manifiesta e inconstitucional trasciende la ilegalidad del acto para configurarse en una inconstitucionalidad que compromete de modo directo a la supremacía de la Constitución convencionalizada, haciendo que el acto pierda su presunción de validez y no requiera de una investigación de hecho, lo que lleva a una declaratoria de inconstitucionalidad de oficio para excluirlo del orden jurídico.
- También admitimos la teoría de la Corte Suprema al establecer que un acto administrativo de alcance individual es inconstitucional cuando inobserva la interpretación jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humano, porque en un Estado Social de Derecho es deber fundamental de la función administrativa proteger la dignidad humano en cada una de sus actuaciones.

- La Corte Suprema tuvo varias posiciones para admitir el control constitucional de oficio de leyes y normas, aunque nunca no se refirió específicamente al control constitucional de los actos administrativos de alcance individual. Así, la primera posición se fundó en 1941 con el fallo "Ganadera Los Lagos" donde negó el control de oficio para mantener la supremacía constitucional y no provocar el desequilibrio de los tres poderes, insistiendo que se requiere de un conflicto judicial y un peticionante. Previo a esta etapa la Corte ya había admitido este control en aplicación del régimen de nulidades establecido en el Código Civil, pero de manera muy irrelevante. Una segunda postura vino a partir de 1984, con el fallo "Peyrú" cuando las disidencias marcaban la diferencia aceptando el control de oficio en mérito del deber de los jueces de proteger la supremacía constitucional y no limitar el iura novit curia. Sin embargo, en el 2001 con la sentencia "Mill de Pereyra", la Corte cambia su postura rotundamente en favor del control de oficio, sustentándose en el deber de mantener la supremacía constitucional; siendo hoy en día la línea predominante en la doctrina de la Corte.
- Con respecto al control ex officio, la jurisprudencia internacional, la doctrina, y la normativa presentan algunas posiciones. En primer lugar, la "doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema" se complementó con la jurisprudencia de la CIDH y dispuso a los jueces nacionales ejercer el "control de oficio de convencionalidad" para inaplicar leyes y normas internas que sean inconstitucionales, inconvencionales y contrarias a la jurisprudencia de la CIDH. En segundo lugar, en la "Normativa" vigente sólo el nuevo C.Civ.Com. regula mediante su art. 387 la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto jurídico con vicio manifiesto. En tercer lugar, la posición de la "Doctrina" se divide en aquella que considera inviable la anulación judicial de oficio debido al: i) agravio a la división de poderes; ii) desconocimiento de la presunción de legalidad de los actos administrativos; y, iii) agravio al derecho de defensa. Por otro lado, está la posición de la Doctrina que habilita el control de oficio señalando que: (i) la presunción de legalidad es iuris tantum, (ii) el principio iura novit público obliga a los jueces velar por la legalidad y constitucionalidad de todo acto del poder (iii) no se vulnera el derecho de defensa si se concede un traslado previo, (iv) no se lesiona la teoría de la separación de poderes, porque es deber de todo juez controlar la legalidad de los actos administrativos.
- Planteamos que la fuente inspiradora del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual debe ser la doctrina de la jurisprudencia de la Corte Suprema, porque fue la primera que reconoció y habilitó el control *ex officio* sobre los *actos estatales*, y los actos administrativos de alcance individual también pertenecen a este grupo de actos que pueden

adolecer de inconstitucionalidad. Es decir, la fuente inspiradora de este control es de Derecho Público, lo cual es más lógico que ella sea por tratarse de actos producto de la función administrativa de la Administración Pública.

- En virtud de que la doctrina de la jurisprudencia de la Corte Suprema es la fuente inspiradora, proponemos como objetivo (*proyección*) del control constitucional de oficio de un acto administrativo de alcance individual purificar el mundo jurídico (evitar la ejecución de actos administrativos inconstitucionales para así resguardar la supremacía de la Constitución y proteger la indisponibilidad de los derechos fundamentales).
- Proponemos que el *alcance* del control constitucional de oficio de actos administrativos de alcance individual puede operar sobre los siguientes casos: (i) los actos nulos ilegítimos que más de ser portadores de vicios graves y manifiestos lesionen de manera ostensible un derecho fundamental; (ii) los actos que desconozcan o lesionen el contenido sustancial de la Constitución principios, preámbulo- (iii) los actos que lesionan el contenido orgánico de la Constitución -exceso de poder y usurpación de funciones-; (iv) los actos lesionen los principios generales del Derecho.
- Aunque los argumentos de la posición negatoria del *control ex officio* sean sólidos, nosotros los objetamos demostrando que el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual no produciría desequilibro en los poderes del Estado porque es un deber de los jueces velar por la supremacía constitucional de todo acto estatal; no vulneraría la presunción de legitimidad de los actos estatales, porque esta presunción es *iuris tantum*; no menoscabaría el derecho de defensa, porque es una cuestión de puro derecho; no agravaría el principio de congruencia porque el Derecho puede ser valorado en cualquier momento; y, finalmente, no vulneraría las disposiciones de los arts. 14 y 15 de la Ley 48 porque es un deber de los jueces aplicar el principio *iura novit curia*.
- Por el contrario, y con el único objetivo de formular una propuesta tendiente a lograr la habilitación del control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual nuestros argumentos jurídicos para reforzar nuestra propuesta, en resumen, son los siguientes:
 - Debido al orden jurídico que está comprometido por la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual (Constitución y tratados internacionales de derechos humanos), el control constitucional debe ser de oficio, realizarse de forma preferente, y aun excluyente de cualquier otro.

- Este control protege la supremacía constitucional, porque la Constitución obliga que todos los actos estatales se ajusten a la Constitución por el contenido de su regulación (materia), por los sujetos que regula (derechos humanos) y por su posicionamiento en el orden jurídico (norma de normas).
- O Es otro medio más de control de la invalidez constitucional de los actos administrativos de alcance individual que se encuentra por encima de los controles tradicionales de legalidad, porque se posiciona en todo un esquema de principios y valores en que se funda el Estado Social de Derecho -como la dignidad humana- rescatando para los administrados el verdadero valor de la justicia.
- Este control es la mayor garantía de reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución al expulsar del mundo jurídico todos aquellos actos administrativos de alcance individual que contradigan la Norma Fundamental.
- Es un dispositivo de fiscalización judicial del cumplimiento del principio de juridicidad en un Estado Constitucional Social del Derecho.
- Es un medio de control idóneo para proteger y asegurar, de manera directa, el principio de la dignidad humana y el contenido esencial de los derechos fundamentales que le son inherentes en un Estado Constitucional Social del Derecho.
- Evita que el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales continúe siendo transgredido por un acto administrativa inconstitucional de alcance individual y no prevalezca el interés general sobre ellos. Son imprescriptibles, por ende puede ser controlados constitucionalmente de oficio.
- Es una atribución y deber ineludible de los jueces para mantener la supremacía constitucional; y, cumplir con el preámbulo vinculante de la Constitución.
- Asegura la efectividad del principio de seguridad jurídica porque con su declaración oficiosa de *ultima ratio* genera una situación de certidumbre jurídica tanto para el administrado como para el sistema de justicia.
- O No transgrede los principios de igualdad ni el principio dispositivo al proceder sin petición de parte ni con requerimientos formales, porque no depende de los fundamentos y estrategias de las partes ni de su silencio; caso contrario perdería su naturaleza jurídica de ser oficioso. Es una cuestión de derecho y no de declaración de hechos ni consultiva.
- Es un control que deviene en pos de la realidad social del Estado Constitucional y Social de Derecho, que exige un control de legalidad sino también de constitucionalidad.
- Evita sentencias contradictorias en el futuro, en casos de que se trate de similares cuestiones de derecho –inconstitucionalidad en el acto-, a fin de

- formar una doctrina jurisprudencial que evite ejecutar actos administrativos inconstitucionales.
- La inexistencia de actos administrativos de alcance individual podría transgredir la supremacía constitucional, por lo tanto el control constitucional de oficio también podría operar sobre omisiones constitucionales.
- Es un control que ha sido reconocido en varias constituciones de las provincias de Argentina, permitiendo reconocerlo como una herramienta constitucional.
- A manera de análisis del Derecho comparado, en el Ecuador la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas contrarias a la Constitución está consagrada a partir de la Constitución del 2008; sin embargo, nada dice del control constitucional de oficio o a petición de parte de los actos administrativos de alcance individual. Entonces, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional junto con la doctrina ecuatoriana que señalaron que el numeral 3 del art. 436 de la Constitución debe ser interpretado de manera amplia para de esta forma abarcar el control constitucional de los actos administrativos de alcance individual, en mérito de la nueva concepción del Estado de derechos, ya que si no fue contemplado en el ordenamiento jurídico, se debe entender que la intención del constituyente fue permitir dicho control por diferentes vías, y no sólo a través de las acciones de inconstitucionalidad, porque el fin siempre es velar por la supremacía constitucional, y evitar que el juez sea impasible ante actos inconstitucionales.
- De acuerdo al art. 116 C.N. y a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual, deberá ocurrir en el ámbito de una "causa judicial". Sin embargo, creemos que no es necesario que el acto administrativo, sea el objeto de la causa judicial ni que la causa sea extemporánea, porque la supremacía constitucional exige un comportamiento activo de los jueces y su voluntad de hacerla respetar y castigar sus infracciones. Sin embargo, creemos que de manera excepcional, el juez también podría declarar de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo en un "caso abstracto" porque siempre subsiste el interés suficiente para resguardar la supremacía constitucional que motive al juez actuar de oficio.
- Como regla general, a pesar de que las partes renuncien a los beneficios de un acto administrativo, en amparo a la disposición del art. 19 de la C.N. los jueces podrían declarar de oficio la inconstitucionalidad aún en contra de la voluntad de la renuncia de las partes cuando se encuentren en juego determinados elementos

esenciales del régimen constitucional o se afecte el orden público, pero no cuando se trate de derechos disponibles.

- Si un acto administrativo de alcance individual emana de un acto que surge de la aplicación de dos leyes contrarias a la Constitución, el juez debe declarar de oficio la inconstitucionalidad de ese acto y la de las leyes inconstitucionales que motivaron el acto. Pero, si el acto surge de la aplicación de leyes contradictorias entre sí, en este caso, el juez deberá aplicar el acto conforme la ley que más se ajuste a la Constitución.
- El control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual no transgrede el derecho a la defensa en juicio, siempre que se efectúe un "traslado previo", a pesar de que el principio *iura novit curia* permitiría prescindir de la defensa de las partes, pero la verdad es los jueces en la realidad no conocen todo el Derecho, y el derecho de defensa es una cuestión de orden público, indisponible para las partes, rige como un principio esencial de todo proceso judicial.
- La indiferencia o quietud de los jueces frente a actos administrativos inconstitucionales de alcance individual configurará tres consecuencias: inseguridad jurídica, al permitir subsistir actos administrativos inconstitucionales; privación a un servicio de justicia adecuado; y responsabilidad civil, administrativa y penal de los jueces por su mal desempeño, lo cual podría terminar en un juicio político como evidente daño al servicio de justicia y menoscabo de su investidura.
- La sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual es de tipo *declarativa* porque no ordena cumplir una prestación ni crea un estado jurídico nuevo, simplemente es una declaración de certeza retroactiva de una invalidez preexistente (inconstitucionalidad) que se agota con su pronunciamiento.
- Los efectos de la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual trae consigo la invalidez del acto administrativo, hecho que deviene en la expulsión del acto del mundo jurídico y por ende su inaplicación; es decir, trae como consecuencia lógica la retroactividad de los efectos del acto desde su emisión, considerándose como si nunca hubiera existido, porque el acto es inconstitucional desde su nacimiento. Sin embargo, a fin de garantizar la progresividad de los derechos y la vigencia de los principios del Estado Social de Derecho es posible una modulación en el tiempo de los efectos de la sentencia para el futuro (de *ex tunc* a *ex nunc*), pero previo consideraciones.

- El efecto de la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de un acto administrativo de alcance individual debe ser *inter partes;* es decir, que la decisión del juez sólo se hará extensiva a las partes que el acto tuvo su alcance individual.

Habilitar el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual significa otorgar al sistema de justicia constitucional un valioso instrumento para remediar el perjuicio ocasionado a la supremacía constitucional, que además es una solución justa para el Estado y el administrado, ya que invalidar un acto administrativo inconstitucional a más de restablecer la supremacía de la Constitución, también es proteger la dignidad de las personas.

Esta posición que hemos asumido con el presente trabajo, como vimos ha sido muy poco planteada por la doctrina pero nada por la jurisprudencia de la Corte, y aunque tradicionalmente se ha venido entendiendo que la doctrina del fallo "Mill de Pereyra" es aplicable a los actos administrativos; sin embargo, el objetivo con este trabajo es que el control constitucional de oficio de los actos administrativos de alcance individual se convierta en una doctrina consolidada para luego ser regulada en el ordenamiento jurídico argentino.

BIBLIOGRAFÍA:

- AGUIRRE PANGBURN, R., "Las Sentencias con Efectos Generales", en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3021/23.pdf, Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Autónoma de México (UNAM), 2009, (disponible el 16 de marzo de 2016).
- ALSINA ATIENZA, Dalmiro, "El sometimiento voluntario a un régimen jurídico y la impugnación de inconstitucionalidad", El Derecho, tomo 119, 1986.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, JIMÉNEZ GRIJALVA, Agustín y MARTÍNEZ, Rubén (eds.), "Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Tribunal Constitucional, Quito, 2008.
- ÁVILA, Ramiro, "Los Derechos y sus Garantías", en revista Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2011.
- Baistrocchi, Eduardo A., "Cambios implícitos de jurisprudencia de la Corte Suprema. Efectos en el Estado de Derecho", La Ley, 2008-F, 755.
- BAZÁN, Víctor, "La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente", La Ley, 179-322, 1998.
- BENALCÁZAR, Juan Carlos, "La lesión de los derechos fundamentales en cuanto causa de nulidad de los actos administrativos", en: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocons-titucional/2005/11/24/la-lesion-de-los-derehos-fundamentales-en-cuanto-causa-de-nulidad-de-los-actos-adminstra, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2005, (disponible el 08 de marzo de 2016).
- BIANCHI, Alberto, "Control de Constitucionalidad", tomo I, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992.
- BROND, Leonardo, "Jueces subrogantes y vocación de ruptura. Comentario y proyección del fallo "Rosza", Astrea, Bueno Aires, 2008.
- BUSTAMANTE FUENTES, Colón, "Nueva Justicia Constitucional. Teoría y Práctica", tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2012.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, "Diccionarios Jurídico Elemental", Heliasta, Buenos Aires, 1993.
- CANO MATA, Antonio, "Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del tribunal constitucional", Cívitas, Madrid, 1986.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
- COMADIRA, Julio R. y MONTI, Laura, "Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada", tomo I Del Procedimiento Administrativo General, Acto Administrativo y Recurso de Revisión, Arts. 1 a 34, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- COMADIRA, Julio R. y otros, "Curso de Derecho Administrativo", tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.

- COMADIRA, Julio R., "Derecho Administrativo, acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- COMADIRA, Julio R., "El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", La Ley, Buenos Aires, 2003.
- CUEVA CARRIÓN, Luis, "Jurisprudencia de la Corte Constitucional", tomo II, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011.
- DROMI, Roberto, "Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2007.
- FIORINI, Bartolomé A., "Derecho Administrativo", tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
- FIORINI, Bartolomé A., "*Derecho Administrativo*", tomo I, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- GARAY, Alberto, "El precedente judicial en la Corte Suprema", en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica05.pdf, (disponible el 21 de marzo de 2016).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", tomo I, Civitas, Ediciones, S.L., Madrid, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Hacia un justicia administrativa", Civitas, Madrid, 1989.
- GARCÍA FALCONÍ, José C., "La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador", Ediciones Rodin, Quito, 2008.
- GORDILLO, Agustín, "Acto Administrativo", 2da. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
- GORDILLO, Agustín, "*Tratado de Derecho Administrativo*. *El Acto Administrativo*", tomo 3, 5ta.ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.
- GRIJALVA Jiménez, Agustín, "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional", en ÁVILA Santamaría, Ramiro; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, "Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- GUADAGNOLI, Romina Soledad, "Análisis del sistema de control constitucional argentino", Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), en http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf130342-guadagnolis-a, analisis sistema control constitucional.htm, 2003, (disponible el 15 de marzo de 2016).
- HUTCHINSON, Tomás, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales", tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1993.

- KIPER, Claudio M., "Responsabilidad Disciplinaria de los Magistrados", La Ley, Buenos Aires, 2002.
- LAPLACETTE, Carlos José, "Control de constitucionalidad de oficio y Estado Constitucional de Derecho", La Ley, 2011, en: http://www.bclc.com.ar/articulo_laplacette_09.htm#FN2, (disponible el 13 de marzo de 2016).
- LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", tomo 7, Plus Ultra, Buenos Aires, 1985.
- LINARES, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes. Debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina", Astrea, Buenos Aires, 1989.
- MARIENHOFF, Miguel, "*Tratado de Derecho Administrativo*", tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.
- PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- PALACIO, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo 2, 9° ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- PERRINO, Pablo, "El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa", Revista de Derecho Público editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso Administrativo-I, en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_tutela_Judicial_efectiva_y_el_acceso a la jurisdiccion contencioso administrativa..pdf, (disponible el 08 de abril de 2016).
- RIVERA, Julio César y otros, "Código *Civil y Comercial de la Nación comentado*", tomo I, artículos 1 a 400, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- SAGÜÉS, Néstor, "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad a propósito de la "Constitución Convencionalizada", trabajo inserto en el programa de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina, Porrura, México D.F., 2013, en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32257.pdf, (disponible el 27 de marzo de 2016).
- SAGÜÉS, Néstor, "Teoría de la Constitución", Astrea, Buenos Aires, 2004.
- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., "Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho", tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., "Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho", El Derecho Administrativo, 20114-724.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos", IEA, Madrid, 1970.
- SANTIAGO, Alfonso y otros, "Función política de la Corte Suprema. Obra en Homenaje a JULIO OYHANARTE", Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000.

- SARTORIO, Jorge C., "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", LA LEY, 96-799.
- Sosa, Juan Manuel, "Sobre el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales", Ponencias Inéditas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Arequipa, 2008, en: https://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundamentales, (disponible el 04 de abril de 2016).
- TOBÍAS, José W., "Código Civil Comentado. Tratado Exegético", tomo II, Arts. 225 a 400, Thomson Reuters La Ley, 2015.
- TORICELII, Maximiliano, "El sistema de control constitucional argentino", Depalma, Buenos Aires, 2002.
- VANOSSI, Jorge R., "Obra legislativa", tomo I, imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1987.
- ZAVALA EGAS, Jorge, "Derecho Constitucional", tomo II, EDINO, Guayaquil, 2002.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- Corte Sup., 30-06-1941, "Ganadera Los Lagos S.A. c./ Nación Argentina", Fallo 190:142.
- Corte Sup., 30/06/1941, "Borgo, Hermes, F.", Fallos: 308:108.
- Corte Sup., 23/02/1988, "Cabanas, Ramón", Fallos: 311:160.
- Corte Sup., 20/04/198. "Tecnobra S.A.", Fallos: 3016:1729.
- Corte Sup., 24/11/1937, "S.A. Empresa Constructora F.H. Schmidt c./ Prov. Mendoza s/ cobro de pesos", Fallos: 179:249.
- Corte Sup., 07/10/1975, "Pustelnik, Carlos y otros", Fallos 293:133.
- Corte Sup. 17/02/1872, Vicente Casares e Hijos c/ Sívori y Schiaffino por Cobro de Derechos de Faros", Fallos 11:257.
- Corte Sup. "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo" (1888).
- Corte Sup. 24/04/1984, "Juzgado de Instrucción Militar N°50", Fallo: 306:303.
- Corte Sup. 27/09/2001, "Mill de Pereyra A. y otros. c/ Prov. de Corrientes".
- Corte Sup. 7/04/1995, "Giroldi, Horacio David y otros s/ recurso de casación causa n. 32/93".
- Corte Sup. 13/03/2007, "Mazeo".
- Corte Sup., 08/05/1984, "Oxley", Fallos 306:370.
- Corte Sup. "Banco Buenos Aires Argentina Building Society s/Quiebra", Fallos 321:993, 1003 (1998).
- Corte Sup. "Feito García de la Carreira, María Isabel c. Muñoz, Alberto", Fallos 299:45.
- Corte Sup., 18/09/1957, "Colalillo, Domingo c/ Cía de Seguros España y Río de la Plata", Fallos 238:550.
- Corte Sup. 05/11/1991, "García Pinto, José c. Mickey S.A.".

- Corte Sup. 26/06/1963, "Banco Hipotecario c/Prov. de Córdoba", Fallo 256:104.
- Corte Sup. 20/04/1999, "Droguería Santa Fe c/Prov. San Fe", Fallos 322-678.
- Fallos 155: 182 del 2 de agosto de 1929.
- Corte Sup. "Haydeé Alberti", Fallos 260:153 (1964).
- Fallos 260:254 (1964).
- Corte Sup. "Cavia y Bonapelch", Fallos 160:101 (1930).
- Corte Sup. "Outón, Carlos José y otros s/ recurso de amparo", Fallos, 267:215, (1967).
- Corte Sup. 15/04/2004, "Y.P.F. c./Provincia de Tierra del Fuego", Fallos 322:2275.
- Corte Sup. "Fallo Tellez", Fallo 308:552 (1986).

Cámara Nacional de lo Contencioso Administrativo Federal:

- C.Nac.C.A., 08/04/1999, "Villalonga Furlong S.A.".
- C.Nac.C.A., 11/05/1986, Sala III, "Costa"

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Almonacid Arellanos y otros vs. Chile", (2006).

Corte Constitucional del Ecuador:

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, Caso 005-08-AN Exenciones tributarias para personas con capacidad diferenciada promovida por Silva Game y Alfredo Luna contra el Procurador General del Estado y Gerente General Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana., Declaratoria de inconstitucionalidad parcial de los arts. 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado e interpretación obligatoria del art. 44 de la Ley Orgánica de Aduana, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 566 del 08 de abril de 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 102-13-SEP-CC, Caso No. 0380-10-EP, Publicada en el Registro Oficial el 4 de diciembre del 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia No. 045-11-SEP-CC, Caso No. 0385-11EP del 24 de noviembre de 2011.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, Caso No. 0005-08-AN, del 2 de abril del 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 102-13-SEP-CC, Caso No. 0380-10-EP, del 4 de diciembre del 2013.