

Publicado en La Ley Litoral año 18, N° 8, Septiembre 2014, pág. 813

I.- Introducción

Mediante la ley n° 12.967 (y su modificación a través de la ley 13.237), reglamentada por el decreto 619/2010, la provincia de Santa Fe adhirió a la ley nacional n° 26.061 de promoción y protección de los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes². Al respecto, la doctrina se había declarado en contra de la aplicación directa de la normativa nacional a las provincias, al tratarse de una norma procesal³.

Será objeto del presente trabajo analizar someramente el procedimiento administrativo previsto por la normativa provincial, estudiando particularmente el control judicial a posteriori establecido en la misma.

Hasta aquí el derecho administrativo no ha prestado mayor atención a este nuevo procedimiento, sin perjuicio de existir importantes estudios de la normativa nacional desde el ámbito del derecho de familia y constitucional.

Obviamente, las consideraciones aquí volcadas no pretenden ser definitivas, sino que la intención es generar el ámbito de debate, y de comunicación entre el derecho administrativo y la ciencia del derecho de familia y constitucional, a los fines de enriquecer el debate en torno a este tema.

II.- Organización Administrativa

La referida norma provincial establece como autoridad de aplicación de la misma a la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia (o el organismo que en el futuro la reemplace) (art. 32 ley 12.967) -que es en la realidad la Dirección de Promoción de Niñas, Niños y adolescentes⁴-, órgano dependiente jerárquicamente del Poder Ejecutivo provincial. Por lo demás, en cuanto a la organización administrativa, la ley establece como "órganos descentralizados" a los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos (art. 30), que en realidad son órganos desconcentrados⁵, y Delegaciones Regionales (art. 31).

III.- Procedimiento administrativo en la ley 12.967 y su modificatoria

Estamos en presencia de un procedimiento administrativo especial, llamémoslo de "protección de niñas, niños y adolescentes", que la misma ley califica de "escrito y breve", donde corresponde darle activa participación a la niña, niño o adolescente, su familia nuclear o sus representantes o responsables (art. 57 ley 12.967). Este tipo de procedimiento administrativo participa además, en principio de los caracteres del género, con las adaptaciones propias de la materia (más abajo volveremos sobre esto).

¹ Profesor de Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Parte Especial, Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Rosario. Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral).

² Coincidimos con Belluscio en que la normativa (nacional y provincial) pasa por el alto las reglas gramaticales al reiterar niñas y niños, desconsiderando que el género "niños" comprende los géneros masculinos y femeninos. BELLUSCIO, Augusto César, "Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: La 26.061", La Ley 2006-B, pág. 701. Sin embargo, vamos a mantener a los fines de este trabajo la nomenclatura legislativa.

³ BASSET, Úrsula Cristina, "Sobre las medidas de protección en la ley 26.061. Una mirada desde otra perspectiva", La Ley 2008-C-893. Discusión, sin embargo, que se encuentra zanjada en la provincia de Santa Fe con la adhesión de la ley 26.061.

⁴ Confr. Corte Suprema de la provincia de Santa Fe, "R.M. s/medidas excepcionales", La Ley Litoral 2013 (octubre), pág. 991.

⁵ También llamada, "descentralización jerárquica o burocrática", que en realidad configura una desconcentración. Confr. MARIENHOFF, Miguel S, Tratado de derecho administrativo. tomo I, 2da edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977 pág. 618.

La normativa provincial prevé medidas de protección integral (art. 50 ley 12.967)⁶ y de protección excepcional⁷ (art. 51 ley 12.967 modificado por ley 13.237), las que han sido calificadas por la doctrina como "medidas de corte procesal administrativo"⁸. Respecto de éstas últimas, la norma establece que tendrán una duración máxima de 90 días, las que se pueden prolongar (con el debido control de legalidad), en tanto que persistan las causas que le dieron origen. Cumplido el año y seis meses desde que quedó firme la resolución que adoptó la medida excepcional originaria, la autoridad administrativa debe resolver de manera definitiva. Resulta evidente que tanto esta última resolución, como las anteriores configuran actos administrativos y participan de sus caracteres, al tiempo que deben cumplir con sus requisitos para ser válidos (de igual modo, el art. 60 del anexo I del decreto reglamentario 619/2010). La resolución administrativa debe estar debidamente fundada (art. 60 ley 12.967), requisito exigible a acto administrativo, conforme lo ha consagrado la CSJN en autos "Schneiderman"⁹.

Hasta recientemente, no teníamos en el ordenamiento jurídico administrativo santafesino una regulación de los elementos esenciales del acto administrativo (como si lo hay en el ordenamiento federal a través del art. 7 y 8 de la Ley nacional de procedimiento administrativo n° 19.549). Sin embargo, con la reforma del Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe efectuada por medio de la Ley N° 13.260, se introdujeron en el art. 13 del mismo -respecto del acto administrativo tributario- una enunciación del elementos del acto administrativo similar a los arts. 7 y 8 de la LPA antes mencionada. Así, la doctrina ha entendido que dichos elementos pueden ser aplicables analógicamente a otros actos administrativos santafesinos¹⁰.

Previo al dictado del acto administrativo aparece, a nuestro entender, como requisito de validez, el dictado de un dictamen del equipo interdisciplinario (art. 57). Así el referido dictamen interdisciplinario, en tanto acto de la administración¹¹ (o preparatorio, ya que prepara la voluntad de la Administración y no produce efectos respecto de terceros) aparece ora integrando el elemento debido procedimiento previo, ora el elemento forma (como los pasos previos que deben darse al dictado del acto)¹². La falta de este dictamen, lleva a la nulidad absoluta del acto administrativo que posteriormente se dicte.

La resolución que adopte una medida de protección excepcional debe ser notificada a los representantes legales, familiares o responsables del menor (art. 61), conforme las formas previstas en el decreto de actuaciones administrativas 10.204/58 y la ley 12.071 (establecido por el decreto 61 del anexo I del decreto 619/10). Ley -esta última- que establece en cualquier resolución que deniegue un derecho, imponga una obligación, la autoridad administrativa hará saber el derecho a interponer un

⁶ "Son aquellas que deben ser adoptadas y aplicadas por la autoridad administrativa de promoción y protección competente ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de una o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, para preservar o restituir a los mismos el goce y ejercicio de los derechos amenazados o vulnerados o la reparación de sus consecuencias" (art. 50 ley 12.967).

⁷ "...Son aquellas medidas subsidiarias y temporales que importan la privación de niña, niño o adolescente del medio familiar o de su centro de vida en el que se encuentra cuando el interés superior de éstos así lo requiera. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias y solo proceden cuando la aplicación de las medidas de protección integral resulten insuficientes o inadecuadas para la situación particular..." (art. 51 ley 12.967, modificado por ley 13.237).

⁸ BASSET, Úrsula Cristina, "Sobre las medidas de protección en la ley 26.061. Una mirada desde otra perspectiva", La Ley 2008-C-893.

⁹ Fallos 331:735, de fecha 08.04.2008.

¹⁰ PASSARELLA, Julián Emmanuel, "El acto administrativo tributario en el nuevo Código Fiscal de Santa Fe", La Ley Litoral, cita On line: AR/DOC/4103/2013.

¹¹ Confr. DIEZ, Manuel María, Derecho administrativo. Tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, pág. 212. Sobre la distinción entre "dictamen" e "informe", tanto jurídico como técnico, ver MURATORIO, Jorge I., "El dictamen jurídico en la Administración pública nacional", Revista de Derecho Administrativo (RDA), tomo 2002, pág. 535 y ss.

¹² Ver al respecto, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge y COMADIRA, Julio Pablo, Curso de derecho administrativo. tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 pág. 402 y ss, y 408 y ss.

recurso y el plazo para ello. Al respecto, Federico Lisa ha dicho que a partir de la sanción de la ley 12.071 el agotamiento de la vía ya no es responsabilidad exclusiva del particular, sino de la Administración, y que la misma consagra un principio tuitivo aplicable a cualquier procedimiento administrativo¹³, evidentemente, el procedimiento administrativo de protección de niñas, niños y adolescentes no es la excepción.

Contra las resoluciones adoptadas por la autoridad de aplicación o delegación regional, se encuentra previsto un recurso de revocatoria (en audiencia oral y actuada) que debe ser interpuesto dentro del plazo de 12 horas de notificado el acto administrativo, y el mismo debe ser resuelto dentro de las 3 horas siguientes, sin posibilidad de apelación.

Ahora bien, respecto de esto, corresponde hacer dos acotaciones: a) en primer lugar, un plazo tan breve podría plantear dudas sobre su constitucionalidad, ya que se encuentra en juego el debido procedimiento adjetivo, el derecho de defensa (art. 18 de la CN) y la tutela administrativa y judicial efectiva (art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc 22 CN) que la CSJN ha declarado aplicable al procedimiento administrativo en los antecedentes "Astorga Bracht"¹⁴ y "Losicer"¹⁵. Al respecto, vale recordar el fallo de la CSJN en autos "Parra de Presto"¹⁶, donde el Alto Tribunal declaró inconstitucional la ordenanza de la Municipalidad de Escobar que establecía un plazo de 24 hs para recurrir la cesantía de los agentes municipales -claro está que la materia y los derechos involucrados son otros-.

b) En segundo lugar, el art. 62 coarta la posibilidad de que el particular interponga recurso administrativo de apelación, al tiempo que el art. 63 prevé la remisión de las actuaciones a la justicia (Juez o Tribunal Colegiado con competencia en materia de familia) a los fines de realizar el control judicial de la medida de protección excepcional.

En primer lugar, encontramos una contradicción en la ley, ya que garantiza al particular el derecho de recurrir ante el Superior cualquier decisión que lo afecte (art. 25 inc. h ley 12.967). Por tanto, ¿dicha imposibilidad de interponer recurso administrativo de apelación sigue en pie cuando es el menor el recurrente? Pareciera que la única forma de salvar dicha incongruencia sería permitiendo -en ese caso- al menor interponer el recurso de apelación por ante el superior jerárquico.

Respecto de la imposibilidad de interponer recurso de apelación nos encontramos con el siguiente escollo: el agotamiento de la vía administrativa a los fines de acceder a la justicia. Este tema a nivel del ordenamiento federal se encuentra debatido, aunque algunos autores -entendiendo que con razón- consideran que la misma no tiene previsión constitucional¹⁷.

En cambio, a nivel del derecho público provincial santafesino, la doctrina es conteste en que el agotamiento de la vía administrativa es de fuente constitucional (confr. art. 72 inc. 18 de la Constitución Provincial). Entonces, en el ordenamiento provincial, el agotamiento de la vía ante el Gobernador de los actos de sus inferiores jerárquicos y las entidades autárquicas provinciales tiene base constitucional¹⁸. De tal modo, "si bien cualquier acto de los funcionarios inferiores es atribuible a la Provincia, sólo la voluntad del Gobernador, expresa o tácitamente, puede interpretarse como voluntad

¹³ LISA, Federico J., "Acto de contenido reglamentario. Agotamiento de la vía administrativa", RAP, N° 381, pág. 121. Para un análisis de la ley 12.071, ver las consideraciones que ha hecho al respecto BONATO, Mauro R., "Algunas cuestiones de procedimiento administrativo municipal en la provincia de Santa Fe", en prensa.

¹⁴ CSJN, La Ley 2005-B-674, de fecha 14.010.2004.

¹⁵ CSJN, La Ley diario del día 29.08.2012.

¹⁶ CSJN, La Ley, 1994-A, pág. 39.

¹⁷ Ver al respecto, BIANCHI, Alberto, ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, La Ley 1995-A-397.

¹⁸ LISA, Federico J. y WEDER, Rubén L, El proceso contencioso administrativo en la provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial, Juris, Rosario, 1998, pág. 201; de igual modo, MARTINEZ, Hernán, El recurso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330, 2da edición actualizada, Zeus, Rosario, 2012, pág. 305.

de la Provincia misma"¹⁹.

Ahora bien, enfrentados a la regulación del procedimiento administrativo (y su posterior control judicial) establecido por la ley 12.967, encontramos dos opciones: a) la normativa bajo análisis es -en este punto- inconstitucional por contradecir la manda del art. 72 inc. 18 de la Constitución provincial; o b) estamos en presencia de una excepción.

Vemos que de igual modo, existen otras acciones, tales como las medidas mere declarativas y las cautelares autónomas que admiten la revisión judicial de actos administrativos o de la actividad de la administración sin agotar la vía administrativa²⁰. El fundamento para sostener la constitucionalidad del sistema, en el caso de la ley 12.967, podría ser encontrado en la urgencia de la medida y el interés superior del niño comprometido en el caso, así como en las particularidades del procedimiento.

Otro de los interrogantes que ha generado la normativa en análisis es si la decisión que se encuentra corporizada en este procedimiento administrativo ¿es función jurisdiccional de la Administración? Parte de la doctrina administrativista rechaza esta categoría por contraria a la CN (Dromi²¹, Gordillo²², Hutchinson²³), al tiempo que otros autores, lo aceptan (Cassagne²⁴, Balbín²⁵, Mariehnoff²⁶). Sobre la actuación en particular en el ámbito de la ley nacional de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la doctrina civilista ha rechazado tal calificación²⁷.

Vale recordar, que la jurisprudencia de la CSJN ha aceptado la existencia de la función jurisdiccional de la Administración en autos "Fernández Arias"²⁸ y "Ángel Estrada"²⁹, exigiendo un control judicial suficiente sobre los hechos y el derecho, no estando satisfecho el mismo con la única posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal. Y en la realidad cotidiana, existen, podemos citar como ejemplos de ello a los Jueces municipales de faltas³⁰, Tribunal Fiscal de la Nación, Juez administrativo en el marco del procedimiento administrativo tributario -ley 11.683-, así como el caso -no exento de polémica- de la facultades jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos nacionales³¹.

¹⁹ MARTINEZ, Hernán, El recurso contencioso administrativo..., op. cit., pág. 306.

²⁰ Confr. LISA, Federico J., "Acto administrativo y reglamentos en la provincia de Santa Fe", en AAVV Acto y reglamento. Jornadas de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2002, pág. 291 y ss.

²¹ DROMI, Roberto, El procedimiento administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 84 y ss.

²² GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo I. Parte General, 11ma edición, FDA, Buenos Aires, 2013, pág. IX-37.

²³ HUTCHINSON, Tomás, Régimen de Procedimientos administrativos. Ley 19.549, 2da edición, Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 370 y ss.

²⁴ Autor que acepta la llamada función jurisdiccional en los casos que surja de la Constitución, y estableciendo los siguientes límites: a) la atribución de la función jurisdiccional de la Administración debe provenir de ley formal; b) tanto la idoneidad del órgano como la especialización de las causas que se atribuyen a la Administración tienen que estar debidamente justificadas; c) los integrantes de los órganos deben gozar de ciertas garantías que aseguren su independencia de juicio; d) el contralor del Poder Ejecutivo debe limitarse a la legalidad; y e) el Poder Judicial debe conservar la atribución final de revisar las decisiones de naturaleza jurisdiccional. Confr. CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo. Tomo I, 5ta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 90 y ss.

²⁵ BALBIN, Carlos F., Curso de derecho administrativo. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 33.

²⁶ MARIENHOFF, Miguel S, op. cit., pág. 86 y ss, donde el autor califica a la Administración "jurisdiccional" como aquella que decide las cuestiones (recursos, reclamos, etc.) planteados por los particulares, distinguiendo además, entre función jurisdiccional del órgano "judicial" y función jurisdiccional del órgano administrador (concepto éste que ha sufrido la crítica de Gordillo -supra-), entendiendo el autor -con cita de Gracia Trevijano Fos- que la "jurisdicción" comprende la potestad de componer los intereses contrapuestos.

²⁷ GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; y HERRERA, Marisa, Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, anotada y concordada, Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 589.

²⁸ La Ley tomo 100, pág. 58.

²⁹ La Ley 2005-D, pág. 439, de fecha 05.04.2005.

³⁰ Ver al respecto, CAPUTTI, Claudia, "Los tribunales de faltas: su naturaleza y problemática", en AAVV Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2012, pág. 57 y ss.

³¹ PALAZZO, José Luis, "El control judicial de los actos jurisdiccionales de los órganos de regulación y control de los servicios públicos", en AVV Cuestiones de Control de la Administración pública. Administrativo, legislativo y judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2010, pág. 653 y ss., donde el autor pone como ejemplo al art. 66 del marco regulatorio del gas n° 24.067, previsto también en el marco de la electricidad ley 24.065. Finalmente, el propio reglamento de la ley n° 19.549 de procedimiento administrativo nacional, decreto 1759/72 en su

Otros autores civilistas, comentando la ley nacional, han opinado que se trata de actos administrativos (Zannoni) o bien que se tratan de "actos jurisdiccionales, y más propiamente de resoluciones recaídas en procedimientos judiciales originados en actuaciones administrativas"³². Volveremos en el siguiente acápite sobre este tema.

Finalmente, debemos remarcar nuevamente que estamos en presencia de una especie nueva de procedimiento administrativo. La doctrina administrativista argentina y extranjera se ha ocupado de este tema (v.gr. procedimientos administrativos que sólo buscan hacerse de información para la Administración, o que facilitan el acceso a la información pública de los ciudadanos, o de participación ciudadana)³³.

Así el procedimiento administrativo "tradicional" (el consagrado en la ley de procedimiento administrativo nacional 19.549 y en el decreto de actuaciones administrativas provincial n° 10.204) que Barnes Vázquez denomina de primera generación, se encuentra estructurado en torno de la idea del proceso judicial³⁴, y fue ideado en la Argentina como opción de la Administración de revisar su actuación previo a la instancia judicial. Evidentemente, estamos ante una nueva especie de procedimiento administrativo.

IV.- Control judicial de legalidad de las resoluciones administrativas

La ley establece el control judicial a posteriori de las medidas de protección excepcionales propuestas por la Autoridad de aplicación o por la delegación regional (no así de las medidas de protección integral)³⁵. Este tramo de la ley nacional (el momento de la interacción entre la autoridad administrativa y judicial) ha sido calificada como una de las cuestiones más candentes de la misma³⁶.

La ley 12.967 (modificada en este aspecto por la ley 13.237) en su art. 63, establece que las actuaciones administrativas serán puestas a disposición del Juez o Tribunal Colegiado con competencia en materias de familia a los fines de la realización del control de legalidad de la medida excepcional al día siguiente hábil de haber sido tomada o de agotado el procedimiento recursivo.

El juez debe realizar un control de legalidad de la medida y sus prórrogas, indagando sobre el cumplimiento de los requisitos formales y la razonabilidad de las mismas, ratificándolas o rechazándolas (art. 65 ley 12.967 modificada por ley 13.327). El anexo I del decreto reglamentario establece en su art. 63 que el pedido de control de legalidad debe realizarse al día siguiente hábil de que quede firme la resolución que adopta la medida, una vez agotado el procedimiento recursivo en la instancia administrativa, considerándose agotada la instancia administrativa con el dictado de la resolución que resuelva de revocatoria en el caso de que esta hubiese sido interpuesta.

Encontramos entonces algunas particularidades muy peculiares de este control judicial de la actividad de la Administración.

Así, en primer lugar, se da la situación de que estamos en presencia de un control judicial de la

art. 99 regula los recursos administrativos contra actos producidos en ejercicio de una actividad jurisdiccional.

³² KIELMANOVICH, Jorge L., "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (Protección integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes)", La Ley 2005-F-987.

³³ Ver al respecto, CASSAGNE, Juan Carlos, "La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA", La Ley 16/5/2011, y CORVALÁN, Juan y BUTELER, Alfonso, "Los principios del procedimiento administrativo 'informativo'", El Derecho, 18/12/2008; LISA, Federico J., "Procedimiento administrativo y participación ciudadana", Revista del Régimen de la Administración Pública, N° 408, p. 111.; MOSCARIELLO, Agustín R., "Políticas públicas participativas y el nuevo procedimiento administrativo", Microjuris MJ-DOC-6593-AR | MJD6593.

³⁴ BARNES VÁZQUEZ, Javier, "Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas", en AAVV, Innovación y reforma en el derecho administrativo, Barnes Vázquez, Javier (director), Sevilla, Global Law Press, 2006, p. 271.

³⁵ Las que serán pasibles de control por los recursos administrativos (y posterior revisión judicial) o el amparo en casos de indebida injerencia estatal. Confr. BASSET, Úrsula Cristina, "Sobre las medidas de protección en la ley 26.061. Una mirada desde otra perspectiva", La Ley 2008-C-893. Dejamos planteado el interrogante de si dicho control judicial serán ante las Cámaras en lo Contencioso Administrativo o será también ante los Jueces y Tribunales de Familia.

³⁶ GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; y HERRERA, Marisa, Ley de protección integral de niñas....., op. cit., pág. 584.

Administración detráido de la Competencia de la Suprema Corte de la Provincia y de los tribunales en lo contencioso administrativo. Ello se encuentra justificado porque de una "lectura atenta del art. 93 inc. 2 de la Constitución provincial, inspirado en el art. 1º de la ley 4106, surge que no toda la materia contencioso administrativa corresponde ser tratada mediante el recurso contencioso administrativo ni por el tribunal con competencia en lo contencioso administrativo, existiendo la posibilidad de detracción de materia contencioso administrativa en favor de otros Tribunales y por otras vías procesales"³⁷.

En segundo lugar, la solicitud de control de legalidad es realizada por la misma Administración; cuando en el contencioso administrativo de la ley 11.330 (que se instrumenta a través de un recurso contencioso administrativo³⁸), al que podríamos llamar "común", el que insta el proceso es el particular recurrente (conforme art. 66 ley 12.967 modificado por ley 13.237, en cuanto establece que el "la autoridad administrativa... que solicitó el control judicial..."; de igual modo, art 63 del anexo I del decreto reglamentario).

En tercer lugar, se realiza -conforme al decreto reglamentario- un control judicial de un acto firme, vale decir, se han vencido los plazos para recurrirlo en sede administrativa ni por remedios judiciales³⁹, quedando el mismo, por tanto, consentido y ejecutorio. Al tiempo que en el contencioso administrativo "común", la firmeza del acto impide totalmente la admisibilidad del mismo (confr. art. 12 ley 11.330, sin perjuicio de que el Tribunal puede volver a expedirse nuevamente al momento de dictar sentencia al analizar la procedencia del RCA) -esto sucede asimismo en el amparo y las cautelares autónomas-.

En cuarto lugar, es sintomático la terminología empleada por la ley en cuanto a que la medida será "ratificada" o "rechazada". Así, la ley no le da la potestad al Juez para ordenar o disponer una medida distinta.

Ello por cuanto, en la terminología de la ley de procedimiento administrativo nacional nº 19.549 la "ratificación" aparece como un modo o especie de saneamiento del acto administrativo (art. 19 inc. a LPA) dictado por incompetencia en razón de grado ("y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes")⁴⁰.

Además, la ratificación se asemeja a la aprobación -otro modo de control del derecho administrativo-, el que ha sido definido como un acto administrativo por el cual se acepta como bueno un acto de otro órgano administrativo o de una persona particular, otorgándole eficacia⁴¹. Pero no son términos exactamente iguales, porque la aprobación presupone un acto anterior válido, y en la ratificación el acto anterior es inválido. Además la ratificación sana la incompetencia por grado cuando ésta no es grave, y no cuando el acto del inferior tiene otros vicios.

La ratificación tiene efecto retroactivo, pero si se trata de un acto nulo por otro motivo que la incompetencia solo tiene efecto para el futuro y no sana los otros vicios del acto.

³⁷ LOPEZ MARULL, Marcelo R., "Impugnación judicial de ordenanzas municipales en la provincia de Santa Fe", en prensa, brindando el autor como ejemplos de detracción de materia, a "recurso contencioso administrativo sumario (ley 10.000), recurso contra actos administrativos dictados por los tribunales de faltas municipales (art. 99 ley 10.160), demandas por repetición de impuestos cuando se basan en la invalidez de la ley que lo establece (art. 5 inc. j C.P.C.C.), recurso de amparo (ley 10.456), actos dictados por la Secretaría de Trabajo recurribles ante la Cámara de Apelación en lo Laboral (art. 52 ley 10.468), recursos contra algunas decisiones de la Administración Pública penitenciaria que se interponen ante los jueces de ejecución penal (art. 108, ley 10.160), demandas de agentes públicos en los casos de indemnización por cesantía por incapacidad sin culpa (art. 23, inc. g, ley 9286)".

³⁸ En adelante RCA.

³⁹ Confr. HUTCHINSON, Tomás (director), POZO GOWLAND, Héctor M. (coordinador), Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho administrativo, Volumen I, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 20.

⁴⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo. Tomo II, 4ta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 198/9.

⁴¹ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho ..., op. cit., pág. 646 y ss.

El acto sujeto a ratificación puede ejecutarse, mientras que el acto sujeto a aprobación no⁴².

Por tanto, y siendo que el olvido o la imprevisión del legislador no se presumen⁴³, la "ratificación" aparece como una forma de sanear un acto administrativo dictado con el vicio de incompetencia, en este caso, ¿por pertenecer la competencia al poder judicial?

Así, ello pareciera abonar la tesis de Kielmanovich respecto a que se trata en realidad de una medida judicial tomada en el marco de un procedimiento administrativo. Ahora bien, contradice a tal interpretación la limitación legal que tiene el Juez para proponer una medida alternativa.

Por que si la competencia es judicial, ¿con qué título jurídico el legislador ha coartado la discrecionalidad judicial, o el ámbito de conocimiento del juez? ⁴⁴

Por otro lado, la jurisprudencia de la CSJN es rica en fallos donde no ha aceptado la posibilidad de que la justicia juzgue la posibilidad de vías alternativas a la medida tomada por la Administración (o el legislador). Claro está, ello respecto de competencias administrativas, y fundado en el rol revisor de la justicia y la división de poderes⁴⁵, por considerar contraria a su cometido constitucional, al inmiscuirse en la órbita de otros poderes del estado.

Sin embargo, más allá de las declamaciones y esta reticencia evidente de la Corte, vemos que en otros casos el Alto Tribunal, no obstante declarar que no es su misión analizar el mérito o conveniencia de la medida, en numerosas ocasiones ha echado mano a este recurso (analizando finalmente el mérito o conveniencia de la medida)⁴⁶. Estos casos han sido en su mayoría sobre el análisis de medidas instrumentadas por leyes (no por actos administrativos). Así en el fallo "Cine Callao" en el voto de la mayoría se menciona una vez más que no es misión de la CSJN enjuiciar acerca de si debieron elegirse otros medios⁴⁷. Sin embargo, en la minoría (Boffi Boggero) donde encontramos una mención interesante: "*el art. 1 de la ley 14.226, ... no ha elegido uno de los numerosos medios razonables con que la Constitución facilita las soluciones sociales*"⁴⁸. Aquí indudablemente realiza el magistrado un análisis –tácito si se quiere- de otras posibles medidas a adoptar. Otro caso en que la Corte parece analizar la eficacia de otras medidas igualmente eficaces es en "Fernández Orquín"⁴⁹.

En quinto lugar, otra peculiaridad del control judicial de la Administración efectuada a través de la ley 12.967, es que una vez resuelta la ratificación de la medida excepcional, el Juez o Tribunal debe oficiar a la autoridad administrativa regional (o la autoridad de aplicación) que solicitó el control, para que se apliquen las medidas continuando con el procedimiento administrativo (art. 66 ley 12.967, modificado por ley 13.237). De tal modo, el control judicial no aparece necesariamente al final del *iter* del procedimiento administrativo.

Por otro lado, resulta evidente que la acción prevista por la ley 12.967 no es una acción de

⁴² Confr. BUJ MONTERO, Mónica, en AAVV, Manual de Derecho Administrativo, Ismael Farrando y Patricia Martínez, Depalma, Buenos Aires, 1996, pag. 250 y ss.

⁴³ CSJN, considerando 9 de la mayoría en autos "AFIP - DGI s/solicita revocación de acto - Acción de lesividad contencioso administrativa", de fecha 17.12.2013, El Derecho Serie Administrativo, diario del día 09.04.2014; asimismo, Fallos 258:75; 306:721 y 307:518

⁴⁴ Belluscio ha criticado tal solución "...es cierto que hay una revisión judicial de la legalidad de las medidas. Pero el juez actuaría como un ente casi pasivo, que sólo podría dar el pase a la medida administrativa, mas no modificarla ni sustituirla por otra. Es el reinado de la discrecionalidad administrativa". BELLUSCIO, Augusto César, "Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061", LA LEY 2006-B, 701.

⁴⁵ Conf. LINARES, Juan Francisco, La razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Nacional, 2da. Edición, Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 137. También CIANCIARDO, Juan, El Principio de razonabilidad, Abaco, Buenos Aires, 2004, pág. 80. Así se pronunció la CSJN, entre muchos otros casos, en "Jewish Colonization Association c. Prov. de Santa Fe", "Fallos", 147:161, "Inchauspe Hnos c. Junta Nacional de Carne" "Fallos", 199:483 (asimismo en "Jurisprudencia Argentina" tomo 1944-III, pág. 793), "Cine Callao" "Fallos", 247:121.

⁴⁶ LINARES, Juan Francisco, La razonabilidad de las leyes, op., cit., pág. 139. También CIANCIARDO, Juan, El principio de razonabilidad..., op.cit., pág. 81. No obstante su auto-restricción, la Corte en numerosas ocasiones, so capa de examinar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, juzgó acerca de su indispensabilidad.

⁴⁷ CSJN, "Cine Callao", Fallos 136:161 y La Ley Tomo 100, pág. 45. Considerando 13) voto de la mayoría.

⁴⁸ Considerando 14 de la minoría.

⁴⁹ CSJN, "Fernández Orquín, José M. c. Ripoll, Francisco", resuelto en fecha 31/05/1966, Fallos 264:417.

lesividad, ya que dicha institución es aneja al sistema santafesino, tal como surge de la exposición de motivos de la ley 11.300 regulatoria del RCA y lo expresado por la Corte Provincial en "Gonzalez Palicio"⁵⁰. Además, a diferencia de lo que sucede con la acción de lesividad del sistema administrativo federal, donde la Administración acude a la justicia solicitando la anulación por ilegitimidad de un acto administrativo debido a que el mismo ha adquirido estabilidad (configurando lo que la CSJN ha llamado "cosa juzgada administrativa" en "Carman de Cantón"⁵¹, confr. art. 17 LPA 19.549)⁵², aquí la Administración santafesina ante el Juez o Tribunal de Familia la ratificación del acto.

Por último, el control judicial que se efectúa es de los llamados "a posteriori" por cuanto el sometimiento del acto al referido control no suspende la ejecución del mismo (art. 63 de la ley 12.697, modificado por ley 13.237); con la particularidad de que el control no estará necesariamente al final del trámite administrativo -como dijimos antes-, sino que podría estar en el medio, ya que después de la resolución judicial se debe oficiar a la autoridad de aplicación o delegación "para que se apliquen las medidas continuando con el procedimiento administrativo"⁵³.

V.- Colofón

Intentamos en estas líneas llamar la atención a los operadores jurídicos sobre el régimen procedimental y su posterior revisión judicial de la actividad realizada en protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes desde una óptica neta del derecho administrativo, a los fines de generar el debate entre distintas ramas del saber jurídico.

Evidentemente, se trata de un procedimiento administrativo especial, que excepciona al régimen general, y cuya revisión judicial tiene algunas particularidades muy propias y distintivas del resto.

Se trata, como dijimos antes, de un caso de materia contencioso administrativa detraída legislativamente de la competencia de la Corte provincial y de las Cámaras en lo contencioso administrativo, como tantos otros en el ordenamiento santafesino.

Dejamos planteado el interrogante de si se trata, en definitiva de competencias administrativas o judiciales, o quizás sea una conjunción ambas. En tal sentido, ¿estamos ante una instancia judicial netamente revisora? ¿O las competencias corresponden originalmente a la justicia? ¿Es constitucional esta "desjudicialización" o "administrativización"? ¿O se trata de un acto complejo administrativo-judicial que se perfecciona como tal con el controlar sucesivo de la justicia?

Queda también el interrogante de si estamos en presencia del ejercicio de la llamada función jurisdiccional de la Administración.

Sea cual fuere la respuesta a los interrogantes antes efectuados, resulta evidente cómo la actividad de la Administración, y el derecho administrativo, han ido colonizando otros ámbitos de actuación. O dicho de otro modo, como los límites entre el derecho público y privado se han ido mezclando en los últimos años⁵⁴.

El objeto de esta regulación es ni más ni menos que los derechos de los menores que se encuentran en situación de riesgo, lo que genera que los principios que informan el sistema sean otros a los del procedimiento administrativo tradicional, al tiempo que coloca en cabeza de la Administración y la justicia una responsabilidad extra, debiendo recordar siempre tanto la Administración como la

⁵⁰ Corte Suprema Provincial de fecha 03/07/1991, J.A. 1992-I-694.

⁵¹ CSJN de fecha 14.08.1936, La Ley On line AR/JUR/4/1936.

⁵² Sobre el particular, ver ZUNINO, Angel R., "La acción de lesividad", La Ley Córdoba tomo 2005, pág.367.

⁵³ Art. 66 ley 12.967, modificado por la ley 13.237.

⁵⁴ IVANEGA, Miriam M., "Reflexiones acerca de la transformación del derecho administrativo", en AAVV El derecho administrativo 16 años después. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2013, pág. 570 y ss. Donde la autor sostiene que nos encontramos con normas que tienen una calificación de orden público, que afectan directamente relaciones jurídicas regidas por el derecho público y privado.

Justicia que el régimen exorbitante -propio del derecho administrativo- está configurado por prerrogativas de la Administración y garantías de los particulares⁵⁵.

⁵⁵ COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge y COMADIRA, Julio Pablo, Curso de derecho..., op. cit., pág. 15 y ss.