

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN MIRAS A UNA REFORMA DEL ESTADO

Dr. Esc. Fernando López Quijano

Tras muchos años y muy pocas modificaciones nos encontramos ante un sistema de control de la administración que nos hace preguntar si realmente conviene o si realmente correspondería ser tal dadas las exigencias de la evolución del Estado.

Años de experiencia en este régimen nos han demostrado falencias y privilegios que sólo han favorecido a la administración en perjuicio de los integrantes de la sociedad.

Hemos pasado por épocas de rupturas del sistema democrático y otras de plena vigencia del ordenamiento jurídico y de los derechos humanos, donde estos aspectos son reconocidos con orgullo por los integrantes del gobierno.

Sin embargo no siempre el actuar del Estado ha obedecido a lo que tendría que ser, y muchas veces nuestro sistema de control de los actos del Estado Administración ha demostrado múltiples falencias que nos hacen preguntarnos hasta cuando podemos seguir con este régimen y que es lo que tendríamos que hacer para acompañarlo a los tiempos modernos y a las garantías que deben existir en todos los Estados de Derecho modernos.

Es sobre estas cuestiones que versará el presente trabajo, y en especial haré una referencia en una de las notas esenciales de nuestro sistema contencioso administrativo anulatorio, que es la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa como condición indispensable para poder procurar anular un acto en sede jurisdiccional, mediante la correcta interposición de los recursos administrativos y la resolución, expresa o ficta, de los mismos..

Esta tan particular exigencia, que en el derecho comparado únicamente se ve como opcional, normalmente es tomada como un medio de defensa del administrado lesionado en sus derechos cuando en realidad, a mi juicio, constituye un serio desmedro en la tutela de los derechos de los particulares afectados en pro de la tutela de los intereses del Estado Administración.

FINALIDAD DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Primero que nada debemos preguntarnos a que tienden los recursos administrativos, esto es, cual es su finalidad, y por lo tanto, su razón de ser.

Podemos llegar a decir que la finalidad de los recursos administrativos es permitirnos el acceso a la jurisdicción anulatoria, según la interpretación de los artículos 309 y 319 de la Constitución y la ley 15.524, ya que son el medio por el que conseguirá un acto definitivo.

Desde la sanción de nuestra constitución del 67 se ha discutido el sentido del término “definitivo” contenido en el artículo 309 (cuya redacción es coincidente a la de la Constitución del 52), que es lo que muchos autores piensan que posee esta finalidad.

En nuestra doctrina, el término “definitivo” del artículo 309, ha sido entendido de distinta forma por prestigiosos autores:

- Aparicio MÉNDEZ¹ nos decía que: *“El nacimiento del acto representa la voluntad definitiva de la Administración en tal sentido: de ahí aquel carácter. El acto es, pues, definitivo, cuando el esfuerzo físico, intelectual y jurídico de un sistema de orden orgánico*

¹ MENDEZ, Aparicio. “Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo”. Revista de derecho publico y privado. Montevideo 1952 pag 131.

expresa su voluntad creadora. Definitivo es, ... el acto cuya formulación ha agotado los procedimientos requeridos en un orden o sistema orgánico”.

- SAYAGUÉS LASO², entendió por acto administrativo definitivo “*el que resulta después de agotada la vía administrativa, es decir, una vez resueltos los recursos administrativos interpuestos o cuando se deja vencer el plazo para deducirlos, con lo cual el acto principal se vuelve irrecurrible, definitivo”*

- GIORGI expresó: “*Consideramos que en atención a nuestro régimen constitucional, los actos administrativos adquieren el carácter de definitivos cuando respecto de ellos se ha agotado la vía administrativa, cuando la autoridad competente se ha pronunciado -expresa o fictamente- sobre los recursos deducidos contra los mismos, de conformidad con los preceptos de la Carta (art. 317). Para que un acto adquiera definitividad y sea impugnabile en la jurisdicción anulatoria no basta, pues, la interposición de los recursos administrativos. Es imprescindible el pronunciamiento de la Administración. Recién entonces, el acto originario, objeto de la impugnación, revestirá el carácter de definitivo”³.*

Normalmente se suele decir que estas definiciones son contradictorias, en mi modesto entender, ello ocurre porque la terminología de acto definitivo es encarada por diversos sentidos.

Mientras que MENDEZ, con su nivel de abstracción propio de una mentalidad superior, lo entendió como un acto que es fruto de un proceso tendiente a expresar la voluntad del órgano. SAYAGUÉS en cambio, con sus soluciones de una simplicidad y

² SAYAGUES LASO, E. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo 1953 Tomo I pag 393

³ GIORGI, H. El Contencioso Administrativo de Anulación, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de la Republica, Montevideo 1958, pag 161 y ss

corrección envidiables, lo entendió como aquel acto que ya no puede ser modificado a instancia de cualquiera que no sea la administración.

Estas dos definiciones no miran al resto de nuestro ordenamiento jurídico, sino que terminan expresando que entienden estos dos grandes Maestros de nuestro derecho sobre que se debería entender por tal.

La gran diferencia con GIORGI es que este interpreta esta terminología acorde con lo que nuestro ordenamiento jurídico vigente dispone, más específicamente con los artículos 309 y 319 de la Constitución, para así determinar que para que se produzca un acto firme, y por lo tanto, procesable ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es necesario agotar la vía administrativa, interponiendo en tiempo y forma los recursos administrativos que correspondan y esperar su resolución expresa o ficta, siendo, por lo tanto, los recursos administrativos y su resolución un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad. Esta interpretación tuvo su consagración expresa con el decreto-ley N° 15.524, y la adhesión de nuestra mejor doctrina.

Ahora bien, decir simplemente que la única finalidad de los recursos administrativos es abrir camino a una instancia jurisdiccional, es negarle cualquier ventaja práctica convirtiéndolo en un ritualismo excesivo y sin sentido, que en la realidad y lamentablemente termina siéndolo...

A pesar de esto, podríamos decir que el verdadero sentido de los recursos administrativos puede orientarse en tres sentidos:

- 2 Puede ser visto como un mecanismo de defensa que poseen los administrados ante el dictado de un acto que les es lesivo.
- 3 Podemos encontrar su fundamento en una posibilidad de la Administración de que re considere sus decisiones una vez vistos los argumentos de los afectados,

en pro a un mejor actuar.

- 4 Finalmente se lo puede considerar como un privilegio de la administración en perjuicio de los administrados.

A seguir pasaré a analizar estos tres puntos en donde recae, su verdadero significado.

VERDADERA FINALIDAD DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Normalmente se suele decir que los recursos administrativos son una garantía de los particulares que se ven afectados por un acto administrativo, en cuanto, les permiten presentar sus argumentos a los efectos de que la administración pueda reconsiderar sus decisiones.

Como nos dice Cajarville⁴ esto podría ser así en aquellos sistemas en que el control de los actos administrativos esta dispuesto dentro de la propia administración, vedando, por lo tanto, cualquier control por afuera de ella. A esto agrego que, por más que hayan otros medios de control fuera de la administración, el recurso administrativo podría llegar si a ser una garantía, en cuanto la administración actuase de la forma que tendría que hacerlo, y no se plegase, como es más que habitual, a defender el acto que ya dicto, eso si, debiendo ser además establecido como opción del administrado y no siendo obligatoria la presentación del recurso antes de poder acudir directamente ante otro órgano.

En nuestro derecho, la exigencia de la interposición de los recursos administrativos ha llevado a que sirvan únicamente como un dilatador en el tiempo en el acceso de la jurisdicción anulatoria.

⁴ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Recursos Administrativos FCU 4ª ed. 2008, pag 11.

A lo anterior debemos sumar dos aspectos de suma importancia, el primero es la consecuencia de la no interposición de los recursos en el brevísimo plazo que se establece, y el segundo es la más que conocida, y a mi juicio vergonzosa, jurisprudencia en materia de suspensión de los actos administrativos.

Si dejamos pasar los 10 días sin interponer el recurso, el acto administrativo pasa a quedar firme, quedando como único remedio, la acción reparatoria por los daños sufridos. Este acto, que pasa a ser firme, puede tener cualquier contenido, hasta una aberrante ilegitimidad, sin embargo, por nuestro ordenamiento jurídico, al ser el afectado el único legitimado, no existiendo además un acceso popular a la acción anulatoria, y habiendo vencido el plazo, dicho acto conservara plena fuerza y vigor en el mundo de los hechos y del derecho.

Todos los que hemos ejercido en esta materia somos concientes que la amplia mayoría de las personas desconocen el hecho de lo brevísimo de los plazos, y cual es la consecuencia de la no presentación tempestiva, también observamos que las personas suelen demorar varios días en acudir ante un profesional.

Si sumamos todo esto, llegamos a la conclusión que estamos ante un régimen cruel en lo referente a la tutela de los derechos de los individuos, y por que no también, del propio ordenamiento jurídico supra administrativo.

Uno se puede preguntar cuantos son los casos en que un acto administrativo que perfectamente podría ser anulado en vía jurisdiccional pero por nuestras desmedidas restricciones, termina sin poder ser anulado.

Los individuos de la sociedad sólo conocen estos aspectos cuando lamentablemente les toca sufrir el embestir del Estado y los más perjudicados son justamente los menos

sapientes de nuestra sociedad, los que por criterios de justicia y equidad, tendrían que ser, paradójicamente, los más tutelados.

Todos los que trabajamos en esto sabemos que posición tienden a llevar nuestros jueces a la hora de medir si corresponde o no una medida cautelar solicitada en contra del Estado Administración, algunos nos dicen, que no se puede entrometer por la separación de poderes, otros se basan únicamente en que casi siempre el daño es reparable económicamente y por lo tanto la misma es negada. Con posterioridad me referiré a este tema.

Haciendo un análisis de los puntos anteriores sólo es posible concluir que el sistema uruguayo de recursos administrativos termina siendo un privilegio de la administración y no del administrado.

La reforma del año 1997, en lo referente a la reparación patrimonial, a atenuado este desmedido privilegio, sin embargo parte de nuestra jurisprudencia suele exigir de todas formas la presentación de los recursos ante de la intervención en la esfera judicial⁵.

⁵ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno N° 140 del 11 de octubre del 2000, LJU tomo 123 suma 123025; sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno N° 475 del 7 de agosto de 2002; entre otras. Sin embargo la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 148 del 6 de septiembre de 2006, publicada en LJU tomo 135 año 2007 suma 15394 no exige este requisito.

EL ESTADO DE DERECHO Y LAS EXIGENCIAS DE NUESTRO

ORDENAMIENTO

El profesor Español Alfonso Santamaría Pastor destacó que “la impugnación contenciosa de los actos de la Administración está diseñada tradicionalmente en nuestras leyes como un camino abrupto sembrado de escollos, en el que un tropiezo conlleva la pérdida de la acción y del derecho o interés material que en el mismo se ejerce; y, además, artificialmente dilatado y demorado, lo que permite a la Administración desarrollar entre tanto su auto tutela ejecutoria”⁶. Pero esta afirmación tan verdadera me hace preguntar hasta donde estas restricciones y escollos son propios de un Estado de Derecho.

Antes de seguir con este tema, es necesario dar unas aproximaciones al concepto de Estado de Derecho, que son de aplicación para el tema en cuestión.

Encontramos entre todas las definiciones que nos dan los autores determinados caracteres que se ven reproducidos.

El sometimiento del Estado al Derecho viene a ser la primera de estas, seguramente sea incluso, lo primero que se nos viene a la mente cuando alguien nos pregunta sobre este tema. Este sometimiento es tanto en el sentido formal, basta con recordar la definición de Jellinek⁷ donde define al Estado de Derecho como aquel que se coloca dentro del derecho y no sobre él, como en un sentido material en lo referente al contenido del término Derecho, sobre todo en una perspectiva jusnaturalista.

Dentro de un criterio material, encontramos otros elementos característicos del Estado de Derecho así Jiménez de Arechaga⁸ incluía a la limitación de los poderes del

⁶ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho administrativo General. Iustel. Madrid 2005 tomo I pag. 96

⁷ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado, 1984 edit Oxford, pag 219 y ss.

⁸ JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. Teoría de Gobierno. Tomo I pag 69.

Estado, el principio de separación de poderes y resaltaba el papel y la importancia de la opinión pública. Elías Díaz⁹ resalta el imperio de la ley y agrega a los conceptos antes señalados el del reconocimiento de determinados derechos y libertades fundamentales.

Más recientemente como señala Martín Riso puede llegarse a una concepción moderna de Estado de Derecho, teniendo como ejemplo a la Constitución Española de 1978, la que ha permitido extraer, por la doctrina, en especial de su artículo noveno, una serie de principios que hoy por hoy son indispensables para la existencia de cualquier estado de derecho propiamente dicho:

- a. La sujeción del Estado al Derecho, al que a su vez emergen principios claros y concretos, y como señala Martín Riso son: el principio de constitucionalidad, el de legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad, seguridad jurídica, y el de responsabilidad.
- b. El reconocimiento de los derechos humanos y la efectiva garantía de su realización.
- c. La tutela jurisdiccional de dichos derechos.

Martín Riso¹⁰ cita a Cagnoni y a Aragón quienes dicen que “No basta que se proclamen los principios de constitucionalidad, legalidad, etc, sino que la nota caracterizante del Estado de Derecho moderno esta dada por la existencia de un control jurisdiccional realmente efectivo”

⁹ Ver: DE ESTEBAN, Jorge y LOPEZ GUERRA, Luis. El régimen constitucional español, pag 115 y ss

¹⁰ RISSO FERRAND, Martin. Derecho Constitucional Tomo I FCU 2006 pag 381. VAGNONI, Anibal, Introducción a la teoría del control, pag 11 y ss. ARAGON, Manuel, Constitución y Control, pag 12.

Por su parte Cassinelli¹¹ nos dice que es necesaria la existencia de garantías para que los actos del poder público no se excedan de lo permitido por el ordenamiento jurídico.

Simplemente debo señalar que cuando me refiero al Estado de Derecho lo hago en el entendido de las tesis actuales sobre el neoconstitucionalismo, cuyo análisis excede ampliamente el objeto del presente trabajo, pero para los entendidos, las tesis garantistas y las reflexiones sobre el Estado constitucional se verán reflejadas en las conclusiones a las que se arribarán¹².

Una vez efectuada una breve mención debemos hacer una comparación de nuestro sistema recursivo con las exigencias que debería tener para ser un sistema propio del Estado de Derecho.

Como hemos analizado existen dos principios esenciales que se ven, en mi modesta opinión, vulnerados por nuestro cruel régimen: el principio de sujeción al estado al derecho (en sus aspectos de jerarquía normativa, seguridad jurídica y responsabilidad) y el principio de tutela jurisdiccional efectiva.

Imaginémonos el siguiente ejemplo, el Estado Administración dicta un acto administrativo que lesione ilegítimamente los derechos de un individuo, por ejemplo, un

¹¹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Derecho Publico, volumen I pag 32

¹² FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1998. Epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia , Trotta, España, 2006. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, España, 2005. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional, Isonomía, México, n. ° 16. 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis, Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra, Lima, 2002

CARBONELL, Miguel y otros, (comp.), Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli . Madrid, Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, G., El derecho dúctil , (trad., de M. Garcón), Trotta, Madrid, 1995. p. 65.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico” en Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho, TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), México, Limusa, 2006.

acto de el Ministro del Interior que disponga que todos los privados de libertad de carácter condenados por la comisión de delitos con penas de X años deberán realizar trabajos o ser compelidos en el caso de que no los efectúen, por cualquier razón, o como una sanción por ejemplo por encontrárseles objetos que se encuentran prohibidos.

Uno se pregunta que medios tenemos en nuestro derecho para evitar esto, lo primero que se me ocurre es un amparo, el que tengo mis serias dudas que tenga éxito, como casi todo lo que se plantea por ese medio, y si se llega a tener éxito por esa vía cuales serán las facultades del juez para evitar que el mismo se haga efectivo, o más bien, el juez tendrá facultades para evitarlo ya que no puede por si dictar ni anular el acto administrativo que dispone dicha medida, sino simplemente compeler a la administración por medio de sanciones pecuniarias por ejemplo.

La vía que tendría que ser la correcta debería ser la de la jurisdicción anulatoria, que es la que puede anular el acto administrativo, podríamos si ir a la justicia ordinaria, o por la reparación de los daños sufridos, o para procurar, a fuera del amparo, la desaplicación de ese acto por ilegítimo, pero el acto administrativo seguirá existiendo en la vía del derecho.

Ahora bien, busquemos la anulación de dicho acto, interpongamos los recursos, esperemos hasta que se de la denegatoria ficta, o si tenemos suerte la administración resolverá antes y nos podremos presentar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Podremos incluso llegar a pedir una medida cautelar para que no se les obligue más, la que seguramente sea rechazada.

Pasados sus buenos años, una vez finalizado el proceso, llegaremos a una sentencia que nos de la razón en todos sus términos. Posteriormente cabrá a la Administración a respetar esa sentencia y obligar a trabajos forzados a todos los presos menos a aquellos que la han impugnado y que han conseguido la nulidad, salvo que el Tribunal en lo Contencioso

Administrativo haya dispuesto los efectos generales sobre su fallo, según el 311 inciso segundo y la tesis que tengamos del mismo.

En el caso de que el Tribunal en lo Contencioso Administrativo, por cualquier razón, no otorgue este efecto general, todos los otros ya no podrán, por haberse vencido el mísero plazo de 10 días para presentar los recursos, procurar la anulación del acto administrativo que les es sumamente lesivo.

Si podrán buscar una indemnización económica por los daños que han sufrido (si es que logar demostrarlo o que hayan existido) en sede judicial, debiendo para ello luchar contra el breve plazo de caducidad que corren contra los créditos ante la administración, y si tienen suerte en unos buenos años serán favorecidos por preciosas sentencias, que como la de anulación de sus compañeros, los benefician en todos sus términos, eso si, seguramente por indemnizaciones tan bajas que no justifican los nervios, angustia, etc, que provoca estar en un juicio por tantos años.

Finalmente a estos muchachos les falta un buen tiempo para cobrar dichos montos, lo único que deberán hacer es rezar para estos créditos puedan ser cobrados durante sus vidas.

Es verdad que es un ejemplo de laboratorio bastante grotesco, que espero nunca se de, aunque personalmente comparto con la necesidad de que los privados de libertad trabajen (por ser este habito indispensable para la re inserción en la sociedad) pero nos ilustra cual es la situación a la que afrontamos en nuestro derecho.

De este ejemplo puedo extraer cuales son las deficiencias de nuestro régimen de impugnabilidad de las decisiones de la administración y que seria necesario modificar para efectivizar los derechos de los administrados en sentido amplio.

La primera gran falencia de nuestro sistema es la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa, a través de la correcta interposición de los recursos respectivos, para poder acudir ante la jurisdicción anulatoria.

Este requisito tan peculiar implica por una parte darle una oportunidad a la Administración a que re vea sus decisiones una vez vistos los argumentos de los afectados, y por otra parte, la obligatoriedad del Administrado lesionado a que interponga los mismos ante la misma persona que dicto el acto lesivo como un requisito previo y necesario para poder acudir a la vía jurisdiccional.

Uno se pregunta a que obedece este beneficio tan peculiar que termina teniendo el Estado de revisar sus decisiones. Se supone que una vez que la Administración toma una decisión ya tendría que haber analizado todas sus consecuencias y evaluado su conveniencia. Incluso la oportunidad de escuchar los argumentos del lesionado no tiene porque ser posterior a que sus derechos sean lesionados, incluso lo razonable y lógico es que se lo escuche antes de que se vea lesionado.

Este privilegio sin dudas constituye una herramienta muy útil para el Estado Administración, ya que sus actos recién serán revisados en sede jurisdiccional tiempo después de su sanción, y la anulación de dicho acto terminará siendo incluso años después de su sanción.

Por como está instrumentado este requisito hace posible que un acto que sea nulo, por ser contrario al ordenamiento jurídico, tenga la plenitud de sus efectos, y de su poder dañino de los derechos de terceros, por varios años ante que el mismo termine siendo anulado. Nadie nos puede decir que esto esta acorde con los principios que antes se expusieron sobre el Estado de Derecho.

Este privilegio nunca tuvo sentido y no tiene porque seguir existiendo. Un Estado que se haga llamar serio y responsable no puede encubrir sus actos bajo este velo dañino, y menos aún un Estado que diga proteger los derechos individuales.

Mariano Brito¹³ ha señalado hace ya algunos años en un artículo memorable que “... cabría auspiciar o fomentar una supresión de tal régimen de recursos administrativos o, si acaso, mantenerlos como facultativos...” por considerarlos un privilegio de la administración que podría ir contra los derechos fundamentales, como el acceso a la justicia.

Sobre el principio de tutela jurisdiccional efectiva, al verse limitada está por la interposición de los recursos, y existiendo un brevísimo plazo para su interposición, además de la demora que se tiene antes de acudir a la sede jurisdiccional anulatoria concluyo que si bien en muchos casos se puede decir que si existe una tutela jurisdiccional la misma nunca será efectiva por el desmedido lapso de tiempo que implica la previa interposición de los recursos y su resolución expresa o ficta.

Incluso más, el acceso a la jurisdicción anulatoria muchas veces termina siendo vulnerada por la no interposición de los recursos en tiempo. No basta con que exista una posibilidad para que se pueda acceder a la jurisdicción para que se satisfaga este requisito, sino que dicho acceso debe de ser efectivo y razonable, si se pueden establecer determinados requisitos, pero sin dudas, los existentes son excesivos.

Marabotto nos decía “no sólo se debe postular un acceso a la jurisdicción, sino que ese acceso debe ser efectivo. De nada valdría proclamar que las personas tienen acceso a la Justicia, que ése es su derecho, si luego, en realidad de los hechos, esa posibilidad resulta

¹³ BRITO, Mariano. De la justicia de lo contencioso administrativo. Anuario de Derecho Administrativo tomo VIII 2000 pag 88.

menguada o, claramente, se carece de ella. Las personas deben tener una verdadera y real posibilidad de acceder a la jurisdicción”¹⁴.

La segunda; derivada de la anterior, y que se refleja en la practica, es que muchas veces la administración actúa en bloque, y en vez de analizar los recursos administrativos con un criterio de independencia y seriedad terminan defendiendo lo que ya habían hecho, no en vano tantos actos administrativos son anulados en el Tribunal de lo Contencioso administrativo, incluso muchos de ellos no son para nada dudosos.

Lamentablemente lo anterior es una consecuencia inevitable de la combinación entre la relación de dependencia (a pesar de la existencia de la autonomía técnica) y de la solidaridad interorganica que existe en nuestro Estado, que será muy difícil de superar, y que tengo mis serias dudas que convenga hacerlo.

La tercera es la extensión de los plazos con que cuenta la administración para resolver, y para que se efectúe la denegatoria ficta. Ya hemos avanzado mucho en la materia reduciendo los plazos para resolver los recursos jerárquico y de anulación, sin embargo no existe una razón para que el de revocación se prorrogue hasta 150 días.

El profesor Español Alfonso Santamaría Pastor destaco que “la impugnación contenciosa de los actos de la Administración está diseñada tradicionalmente en nuestras leyes como un camino abrupto sembrado de escollos, en el que un tropiezo conlleva la perdida de la acción y del derecho o interés material que en el mismo se ejerce; y, además,

¹⁴ MARABOTTO LUGARO, Jorge. Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003 pag 294.

artificialmente dilatado y demorado, lo que permite a la Administración desarrollar entre tanto su autotutela ejecutoria”¹⁵.

Todos sabemos que el Estado se encuentra, muchas veces, excedido en lo referente al volumen de trabajo y la mejor opción de solucionar este inconveniente es la existencia de plazos amplios que permitan la cómoda y correcta instrucción y resolución del asunto. Pero estos problemas de eficiencia del Estado no se pueden imponer a la garantía que tienen los particulares para que sus derechos se vean protegidos, sobre todo cuando el agotamiento de la vía administrativo es una condición de admisibilidad de la acción de nulidad.

La cuarta es el mínimo tiempo que se cuenta para interponer los recursos respectivos, lo que lleva en muchos casos, a ser imposible la anulación de los actos administrativos, y teniendo el administrado que sufrir las consecuencias del acto, teniéndose que satisfacer con la indemnización por los daños sufridos, que seguramente termine cobrando unos cuantos años después de que sufrió las consecuencias del acto administrativo ilegítimo.

Uno se pregunta porque sólo se poseen 10 días, a que obedecería esta exigencia hoy, solamente se me ocurre darle seguridad en la actuación de la Administración, ya que, si esta no recibe un recurso en 10 días puede estar tranquila de que el acto dictado no podrá ser anulado y solamente será responsable por los daños que este acto efectuó, el que seguramente se termine abonando muchos años después de la sanción del mismo.

Este requisito que en la práctica termina siendo de los más dañinos, ya que restringen la acción de los lesionados que no han recurrido en tiempo, es a mi juicio el que

¹⁵ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. Iustel, Madrid 2005 tomo I pag 96.

menos fundamentos encuentra y el que más está en contra de los principios del Estado de Derecho.

Nadie duda que el Estado es una entidad muy peculiar, pero esto no justifica este brevísimo plazo para recurrir cuando entre las relaciones con particulares se cuenta con años para accionar, que vulnera en muchos casos el acceso efectivo a la jurisdicción, y permite que actos del Estado Administración que sean contrarios al ordenamiento jurídico sigan con plena fuerza y vigencia, vulnerando así también el principio de jerarquía normativa.

Es necesario resaltar, sobre el acceso a la jurisdicción, que el hecho de que aún se pueda acudir ante la jurisdicción reparatoria no nos hace decir que este principio se encuentra cumplido, ya que este sólo será cumplido cuando se permita efectivamente acudir ante una jurisdicción que permita solucionar el conflicto sufrido mediante la aplicación del ordenamiento jurídico, y la anulación del acto es siempre el medio eficaz para hacerlo ya que con ella se finaliza el daño, que es lo que debe ser ya que así se cumple realmente con la tutela de los derechos y también con la tutela del ordenamiento jurídico superior.

En cambio, si sólo se lo repara, se esta vedando al lesionado a que tenga que soportar las consecuencias de un acto ilegítimo, teniendo únicamente derecho a una indemnización económica que en la mayoría de las veces no es suficiente, y sobre todo, se esta permitiendo la existencia de un acto administrativo ilegal o inconstitucional lo que contraviene al propio Estado de Derecho.

También el hecho de permitir el acceso pero con la exigencia de interponer los recursos en un plazo de 10 días, de lo contrario la vía jurisdiccional anulatoria quedará vedada, constituye una exigencia desmedida que no es acorde con lo que debería de ser.

La quinta es que la acción de nulidad no es una acción popular, teniendo únicamente la posibilidad de accionar aquellos sujetos que han sido lesionados en sus derechos subjetivos o que posean un interés legítimo, personal y directo en el acto que les es lesivo. Esto lleva a que, en el caso de que no se actúe, se está dejando en el ordenamiento jurídico, actos del Estado que son ilegítimos y que no deberían existir.

La tutela del ordenamiento jurídico superior no debe ser restringida, en lo referente a la acción, a los directamente lesionados. Es de interés de todos que no existan actos del Estado que vayan en contra de disposiciones legales y constitucionales y en el caso de que los directamente lesionados no deseen su anulación, por preferir la indemnización o por cualquier otro motivo, deberían existir otros legitimados para tutelar el ordenamiento jurídico y los principios del Estado de Derecho.

La sexta es la situación actual sobre la suspensión de los efectos de un acto administrativo como una medida cautelar.

No corresponde en este trabajo analizar este punto, al que estoy totalmente en desacuerdo, pero simplemente diré que el Estado por más entidad que pueda ser, poderoso y gigante, un verdadero Leviatán, como un sabio dijo alguna vez¹⁶, sigue siendo una persona jurídica, no es un ente de naturaleza superior, actúa en el mundo de los hechos como cualquiera de nosotros y está dirigido por personas, y como todos, se equivoca.

La misión de los jueces está en juzgar aplicando el ordenamiento jurídico al caso concreto y el hecho de que una de las partes sea el Estado no cambia esto. La separación de poderes no se ve vulnerada en ninguna forma en la suspensión en la ejecución de un acto

¹⁶ HOBBS, Thomas (1940) Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, trad. Manuel Sánchez Sarto, FCE., México (original en inglés 1651).

administrativo, por ser la ejecución del ordenamiento jurídico propia de la función jurisdiccional que tiene su fundamento en la propia Carta y ser esto lo que se procura con dicha medida.

Con respecto al argumento de que el Estado es solvente, es verdad, pero la indemnización no siempre resarce realmente el daño, y sobre todo, lo ideal es justamente que se evite el daño, por dos razones, la primera por la tutela de los derechos del lesionado, ya que los mismos terminan sin ser afectados lo que es lo ideal para el caso, y la segunda es que no debemos olvidar que el patrimonio del Estado es de todos y el hecho de no suspender un acto por la solvencia de repararlo posteriormente es un argumento aberrante que implica malgastar el dinero de los contribuyentes ya que todos sabemos que a la larga será todo mucho más caro para el Estado.

La séptima, es las facultades que tienen los jueces de obligar a la Administración que ejecuten sus decisiones como corresponden. Si poseen medios procesales para hacerlo, y los aprovechan como pueden, sin embargo la Administración no tiende a cumplir las órdenes judiciales como deberían.

POSIBLES MODIFICACIONES EN MIRAS A UNA TUTELA EFECTIVA

No pretendo dar las soluciones a estas deficiencias que tiene nuestro sistema, sino simplemente, dar unas ideas de lo que se podría hacer para optimizar el sistema en pro de poseer un sistema propio de un Estado de Derecho.

1- La posibilidad de acceder directamente a la jurisdicción anulatoria

El hecho de limitar el acceso a la jurisdicción anulatoria al previo agotamiento de la vía administrativa es un privilegio de la administración que no puede existir más.

El acceso directo a la justicia es un derecho humano fundamental y una garantía fundamental para la tutela de todos los integrantes de la sociedad.

2- La facultad o no de interponer los recursos administrativos

Darle la posibilidad a la administración de rever sus decisiones una vez vistos los argumentos no es algo que este mal, lo que si esta mal, es limitar el acceso a la jurisdicción a que se efectuó este, y peor es prohibirle el acceso a la jurisdicción anulatoria al administrado que no lo efectúa.

Seria bueno mantener el régimen recursivo pero con carácter facultativo y en el caso de que se interpongan los recursos que el plazo para acudir a la vía jurisdiccional sea suspendido.

3- El tiempo para interponer los recursos administrativos

El plazo de 10 días es demasiado breve, si es bueno limitar el plazo, para dar seguridad, pero nunca a un termino tan breve.

Un plazo de tres meses me parece como el término justo, ya que, no es un término breve, y tampoco es un plazo excesivo.

Lo ideal es que sea el mismo término para entablar la acción de nulidad, que hoy es de 60 días, pero que, si bien es un plazo razonable, podría ser perfectamente un poco mayor.

4- La reducción del plazo para la resolución del recurso

La existencia de plazos de 150, 200 y de hasta 250 días es demasiado, sobre todo el plazo de 150 días para resolver el recurso de revocación, ya que, el órgano que dictó el acto ya está en plena conciencia de todos los elementos del asunto y darle este plazo tan excesivo carece de sentido.

A mi juicio tendría que establecerse un plazo de 50 días, como existe hoy en los recursos jerárquicos y de anulación.

5- La implantación de una nueva tesitura en lo referente a la aplicación de medidas cautelares ante la administración.

Esto más que nada es un elemento de tesitura jurídica, ya los elementos los tienen, sin embargo el dominio de tesis del ayer o simplemente la ponderación hacen que las mismas sean desaplicadas.

Estoy convencido que cuando los Jueces empiecen a utilizar las herramientas que les da el Código Penal la actitud de la Administración cambiará drásticamente. A veces se tiene que ser rígido y dar el ejemplo al comienzo para que se genere una buena costumbre, por más de que pueda parecer excesivo.

6- La instauración de una acción popular para defender la integridad de nuestro Estado de Derecho a través del respeto del principio de jerarquía normativa.

No se puede dejar supeditada la tutela de la integridad de nuestro ordenamiento jurídico a que los lesionados directos accionen como deben en la jurisdicción anulatoria.

En cualquier Estado de Derecho no se puede permitir que existan actos del Estados que sean contrarios a la ley y a la constitución, y si los lesionados directos no accionan, tendría que existir a algún legitimado para hacerlo.

7- La existencia de un órgano independiente que tenga por finalidad efectuar un dictamen previo de carácter no vinculante con la finalidad de asesorar desde un punto de vista independiente a la administración.

Con este se tendrá un punto de vista independiente para que, el órgano encargado de la resolución de los recursos, pueda analizar el mismo. Sería como un Ministerio Público que normalmente intervienen en aquellos asuntos en la órbita judicial (en aquella intervención afuera de la materia penal).

Con esto se podría, tal vez, evitar esta actuación en bloque que se ve más que a menudo en la administración.

INCONVENIENTES A QUE NOS ENFRENTAMOS

Primero que nada, la previa interposición de los recursos y la consecuente correcto agotamiento de la vía administrativa constituyen una exigencias de naturaleza constitucional que únicamente puede ser modificada, obviamente, con una reforma de la carta, la que, como todos sabemos, es muy difícil que se de. En el 1997 existió la posibilidad de cambiar pero por diversas razones sólo se la “excluyo” en relación a lo reparatorio patrimonial.

Aquellos políticos que estaban comprometidos por la lucha de las garantías y de los derechos humanos de hoy, del mañana y del pasado ya cada vez escasean más.

Los que hay en estos días, salvo escasas excepciones, tienden a embanderarse de un pasado del que fueron totalmente ajenos o se quedan en la ilusión de que estamos en un sueño de la igualdad y libertad, del que realmente estamos muy lejos, no buscando soluciones de ninguna especie. Por suerte también están aquellos más sabios que desde las penumbras oscilan en manejar discretamente el tema para llegar a verdaderas soluciones o directamente prefieren omitir efectuar opiniones al respecto.

No debemos ser hipócritas, todos tenemos nuestros fines, el del político es sin dudas la popularidad y su adhesión por el pueblo, y si hay algo que nadie puede dudar es que este tema sólo interesa para aquellos que han sido afectados por sus macabras consecuencias, las que en la enorme mayoría de los casos no alcanzan conocimiento público.

Por nuestra historia reciente y mucho más por la menos reciente, los cambios constitucionales son mirados mal por la población, nuestra historia constitucional antes de la constitución del 52 ha sido un reflejo de ello, cuando una constitución sucumbía tras un

golpe de estado, finalizando este con la sanción de una nueva constitución. Esto ha llevado a un constante miedo en la sociedad hasta por las tratativas de impulsar reformas.

Debemos resaltar además la naturaleza rígida de nuestra constitución, su extensión, y la materia que la misma dispone, en especial la social; ha llevado a un estancamiento de su normativa no siguiendo a los impulsos del cambiar de las épocas.

Por otra parte, tenemos un serio problema con el mismo Estado, hace muchos años se ha dejado de ver a nuestro Estado como un objeto que esta en beneficio de la población, pasando a ser un ente independiente con fines poco definidos y muy cambiantes, y una de las cosas que más buscan los partidos que están en el gobierno es que *“los dejen gobernar”* y para ello les parece indispensable que puedan resolver con libertad lo que deseen y que ningún poder o autoridad los presione a seguir en una determinada manera.

Justamente a favor de esto se encuentra nuestro régimen recursivo, donde la administración una vez dictado el acto posee muchos meses para que se de el agotamiento ficto, y un par de años más para que el acto sea anulado, por lo que, el acto que se dictó, por más aberrante que pueda ser, por lo menos por 3 años va a tener plena eficacia, y en el caso de que sea anulado, seguramente ya se esté ante el gobierno de otro partido.

Si se llega a dar el caso de tener que indemnizar por los daños sufridos a su consecuencia, quien sabe cuantos partidos más han pasado por la silla presidencial.

Durante todo este tiempo el acto entra al mundo de los hechos, provocando consecuencias, causando daños, pero *“dejando gobernar”*.

Mi pregunta es, como ya lo he planteado con anterioridad, dadas estas consecuencias, como podemos decir que esta es una garantía propia de un estado de derecho, parece más bien una prerrogativa a beneficio de un ente superior, que de principio

parece poder todo, y cuando hace algo que no tenia que haber hecho termina casi sin sufrir las consecuencias, teniendo todo el perjuicio el lesionado por este Leviatán.

CONCLUSIÓN

Mucho se ha hablado últimamente sobre la necesidad de reformar el Estado, y muchas propuestas han surgido, sin embargo, la amplia mayoría de ellas tienen a flexibilizar los procedimientos, como el de compras estatales, o dar un margen mayor de acción a la administración, como los relativos a la función pública.

Reformas tendientes a efectivizar las garantías de los administrados no están en tela de juicio, incluso más, lo que se procura es darle más flexibilidad en la actuación del Estado quitándole a los administrados las pocas garantías que poseen.

El Estado no es un ente a servicio de si mismo, es un ente a servicio de la sociedad que debe tender a que estos puedan alcanzar sus fines. El Estado no tiene fines por si mismo, sus fines dependen de los fines de las personas que administran, y nuestro ordenamiento jurídico debe establecer aquellas garantías mínimas para que el Estado no se exceda. Como verán me afilio a las tesis heteropoyéticas, en la clasificación de Niklas Luhman, en donde entiendo al Estado como un medio legitimado únicamente para el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y que el mismo es políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si los viola. Esta garantía que se debe dar es esencial para que los integrantes de la sociedad se realicen, y de ahí su importancia.

Nuestro régimen recursivo de los actos administrativos es un escollo que no tiene sentido de ser, nuestro ordenamiento jurídico debería tutelar a la persona lesionada y no al Ente trasgresor, debería proteger a los que pueden menos y no darle estas ventajas al que más puede.

Si se pueden establecer determinadas exigencias para acudir a la vía jurisdiccional, estándose respetando el principio de acceso a la justicia, pero no por ello se puede admitir

cualquier cosa. Las demoras, los breves plazos y la consecuencia de su no corrección hacen que nuestro régimen contencioso administrativo no sea acorde con las garantías que tendría que tener cualquier Estado de Derecho.

Darle la posibilidad a que la Administración revea sus decisiones mediante la interposición de los recursos correspondientes no es un mecanismo que esta mal, lo que si esta mal es condenar al administrado a que si no los efectuó no pueda acudir ante un órgano jurisdiccional en procura de la anulación del acto, y lo peor es que si este lesionado directo no lo hace, se esta dando la posibilidad a la Administración a que dicte actos ilegales o inconstitucionales, que a pesar de ser tales, sigan con plena fuerza y vigor en nuestro derecho, violando el principio de jerarquía normativa que es el sustento principal de cualquier Estado de Derecho.

Es esencial en un Estado de Derecho el respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos de los demás, pero para que dicho respeto sea propiamente tal es indispensable la existencia de mecanismos que los hagan respetar, y si hay algo que no podemos dudar es que en este aspecto nuestro derecho está fallando.

INDICE

INTRODUCCION	2
FINALIDAD DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS	3
VERDADERA FINALIDAD DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS	4
EL ESTADO DE DERECHO Y LAS EXIGENCIAS DE NUESTRO ORDENAMIENTO	9
POSIBLES MODIFICACIONES EN MIRAS A UNA TUTELA EFECTIVA	21
INCONVENIENTES A QUE NOS ENFRENTAMOS	24
CONCLUSIÓN	27
ÍNDICE	29
BIBLIOGRAFÍA	30

BIBLIOGRAFÍA

- BRITO, Mariano. De la justicia de lo contencioso administrativo. Anuario de Derecho Administrativo tomo VIII 2000.
- BRITO, Mariano. Derecho Administrativo: su permanencia, contemporaneidad, prospectiva. Universidad de Montevideo, 2004.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Recursos Administrativos FCU 4ª ed. 2008
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Sobre Derecho Administrativo. FCU 2007
- CARBONELL, Miguel y otros, (comp.), Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli . Madrid, Trotta, 2005.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico” en Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho, TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), México, Limusa, 2006.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Derecho Publico, volumen I
- DELPIAZZO ATÓN, Gabriel. Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración. de Montevideo; Facultad de Derecho, 2009.
- DURAN MARTINEZ, Augusto. Contencioso Administrativo. FCU 2007
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. Epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, Trotta, España, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional, Isonomía, México, n. ° 16. 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, España, 2005.
- GIORIGI, H. El Contencioso Administrativo de Anulación, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de la Republica, Montevideo 1958
- HOBBS, Thomas (1940) Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, trad. Manuel Sánchez Sarto, FCE., México (original en inglés 1651).
- JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado, 1984 edit Oxford
- JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. Teoría de Gobierno. Tomo I

MARABOTTO LUGARO, Jorge. Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003.

MARTINS, Daniel. Objeto, Contenido y Método del Derecho Administrativo. FCU 2000

MENDEZ, Aparicio. “Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo”. Revista de derecho público y privado. Montevideo 1952

PRIETO SANCHÍS, Luis, Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra, Lima, 2002

RISSO FERRAND, Martín. Derecho Constitucional Tomo I FCU 2006.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. Iustel, Madrid 2005 tomo I.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho administrativo General. Iustel. Madrid 2005 tomo I

SAYAGUES LASO, E. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo 1953 Tomo I

ZAGREBELSKY, G., El derecho dúctil, (trad., de M. Garcón), Trotta, Madrid, 1995.