

La tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al acceso al contencioso administrativo anulatorio

Effective jurisdictional protection and the right to a contentious administrative annulling judgement

Pablo Daniel Cruz*

* Profesor titular de Derecho Administrativo (Público II) y profesor adjunto de Procesos Constitucionales (Público III) de la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Profesor titular de Principios Generales de Derecho de la Facultad de Contador Público y Administración de Empresas de la Universidad Católica del Uruguay, sede Punta del Este.
✉ cruzpablodaniel@gmail.com

Resumen

En la nueva concepción del derecho, en el marco del neoconstitucionalismo y desde la perspectiva de los derechos humanos, debemos tener en cuenta especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho comienza con el acceso al proceso. En tal sentido, la interpretación rígida de las distintas situaciones jurídicas subjetivas (derecho subjetivo, interés legítimo, interés difuso) configura una verdadera valla para el acceso al proceso contencioso anulatorio (como así también a la acción de inconstitucionalidad de la ley). De ahí que en la nueva concepción del derecho se procura dar un alcance distinto a los términos mencionados y se admite una interpretación evolutiva en aras de este derecho a la tutela judicial efectiva y de facilitar el acceso al proceso. Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva impide que existan actos excluidos del control jurisdiccional anulatorio. Por otra parte, la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa para iniciar una acción reparatoria patrimonial configura una verdadera privación de acceso a la justicia. Dado el exiguo plazo para interponer los recursos administrativos (10 días corridos), en el caso de omitirse, de aceptarse la tesis del previo agotamiento de la vía administrativa se perdería la acción

reparatoria, extremo que atenta contra el Estado de derecho y, especialmente, el derecho a la tutela judicial efectiva. Por último, la doctrina moderna se pronuncia a favor de atribuir efecto positivo al silencio de la Administración. Dicha postura no colide con la normativa vigente y, además, fortalece el cumplimiento de los principios generales que informan el procedimiento administrativo como proyección del derecho a la tutela administrativa efectiva.

Palabras clave: derecho administrativo, administración de justicia, Uruguay.

Abstract

Under the new conception of law, within the framework of neo-constitutionalism and from the perspective of human rights, the right to effective judicial protection, which begins with access to the process, should specially be considered. Subjective right, legitimate interest, diffuse interest, when rigidly interpreted, configure a true fence, preventing access to the annulment litigation process (as well as the action of unconstitutionality of the law). Hence, this new approach seeks to give a different scope to those terms, admitting an evolutive interpretation for the sake of the right to effective judicial protection, thus facilitating access to the process. Likewise, the right to effective judicial protection precludes the existence of acts excluded from the annulment jurisdictional control. On the other hand, requiring prior exhaustion of the administrative procedure to initiate a property reparation action constitutes a real deprivation of access to justice. Given the short period for filing administrative appeals (10 calendar days), in the case of omission, if the thesis of the prior exhaustion of administrative remedy were accepted, the remedial actions would be lost, undermining the rule of law and, especially, the right to effective judicial protection. Finally, the modern doctrine favors attributing positive effect to the silence of the Administration. This position, which does not collide with current regulations, strengthens compliance with the general principles that inform the administrative procedure as a projection of the right to effective administrative protection.

Keywords: administrative law, administration of justice, Uruguay.

Tutela jurisdiccional efectiva

Concepto

Jesús González Pérez en su ya clásica obra *El derecho a la tutela jurisdiccional* decía que la tutela jurisdiccional efectiva apareció con la superación de la autodefensa; apareció cuando la humanidad comprendió que solo puede asegurarse el imperio de la

justicia cuando se sustituya el ejercicio de la fuerza privada para satisfacer las pretensiones y el reconocimiento de los derechos por la actuación de un órgano imparcial (citado por Durán Martínez, 2014a, p. 117).

Couture (1958, p. 479), al comenzar el capítulo final de su obra *Fundamentos del derecho procesal civil*, titulado «La tutela jurídica», a partir del estudio de la escuela alemana considera que la tutela jurisdiccional efectiva consiste en la «satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas».

El ilustre procesalista uruguayo en el apartado «Acceso al Tribunal» estima que «A nadie puede ser negado el acceso al tribunal para demandar en juicio», y más adelante dice:

El derecho a demandar es inherente a la persona humana, tal como reiteradamente ha tratado de demostrarse en este libro. Es, incluso, inherente a la persona humana de los que no tienen razón para pretender de los jueces algo contra alguien. Sería mejor que no fuera así si ello fuese posible. Pero no es posible. (Couture, 1958, p. 488)

Esteva Galicchio (2016, p. 188) señala que es justo destacar la modernidad del análisis del clásico procesal constitucionalista uruguayo al considerar, setenta años atrás, el derecho a demandar como inherente a la persona humana, cuando desarrolla las diversas referencias a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

No obstante, el alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aún mayor:

no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones. (Figuerelo Burrieza citado por Delpiazzo Antón, 2009, p. 19)

Se trata de que

en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales las respeten y ejecuten positivamente. (Couture, 1958, p. 488)

En tal sentido,

el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le «haga justicia»; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso, con unas garantías mínimas. (González Pérez, citado por Durán Martínez, 2014a, p. 119)

Pero, según viene de decirse, de nada sirve la mera proclamación de la tutela jurisdiccional como derecho fundamental de toda persona si no es efectiva, es decir, si no garantiza también el debido cumplimiento de los fallos y la reparación integral de los daños eventualmente reclamados. La efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela jurisdiccional, puesto que una tutela que no sea efectiva, por definición, no será tutela (Delpiazzo Antón, 2009, p. 17).

Por eso, decía con razón el ilustre maestro español:

El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho. No es algo que derive del modelo de Estado que dice adoptar la Constitución de 1978. Sino algo consustancial a todo el Estado. La organización del Poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos tradicionales. (González Pérez, citado por Durán Martínez, 2014a, p. 117)

Cassagne (2016, p. 442) expresa que la tutela judicial efectiva puede ser descrita a través de tres aspectos diferentes. En primer lugar, como principio general del derecho, es decir, como mandato que vincula a los jueces y protagonistas del proceso mediante una función integradora que desplaza cualquier norma que se oponga a la realización efectiva de la tutela judicial, además de la posibilidad de suplir vacíos normativos. En segundo término, si se toma el concepto moderno del derecho subjetivo (en un sentido amplio que incluye todos los intereses que protege el ordenamiento), la tutela jurisdiccional efectiva constituye una facultad que confiere el derecho a accionar judicialmente, sin trabas ni escollos de ninguna especie. Por último, la tutela judicial efectiva precisa, para realizarse en plenitud, disponer de las garantías procesales que aseguren el

acceso a la justicia, la defensa en el trámite del juicio y la ejecución de la sentencia, lo que incluye también la tutela anticipada y las llamadas medidas autosatisfactivas.

Contenido

Jesús González Pérez (citado por Durán Martínez, 2014a, p. 119) señala:

El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la Jurisdicción, proceso debido y eficacia en la sentencia.

Por lo tanto, su efectividad debe garantizarse en cada una de dichas instancias. En primer lugar,

no solo 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 ese es su derecho, si luego, en la realidad de los hechos, esa posibilidad resulta menguada o, claramente, se carece de ella. Las personas deben tener una verdadera y real posibilidad de acceder a la jurisdicción. (Marabotto Lugaro, 2003, p. 294).

Asimismo, queda comprendida en esta instancia la proscripción de excluir de la procesabilidad anulatoria actos administrativos en razón de su fundamento.

El derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas es el presupuesto de los demás. Si este derecho se limita injustificadamente o, más aún, se niega, no hay siquiera que hablar de efectividad de la tutela, sino de una absoluta denegación de justicia (Urosa Maggi, 2003, citado por Delpiazzo Antón, 2009, p. 39).

En segundo lugar,

la tutela jurisdiccional efectiva no quedará prestada con la recepción por un órgano jurisdiccional de la pretensión y la emisión de una sentencia decidiendo acerca de su conformidad o disconformidad de la misma con el ordenamiento jurídico. La tutela solo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar la sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes. (González Pérez citado por Delpiazzo Antón, 2009, p. 19).

Además, debe entenderse que la efectividad de la tutela jurisdiccional comporta necesariamente también el derecho a obtener durante la sustanciación del proceso, y en razón a la pendencia del fallo, una regulación cautelar del bien en litigio que impida su pérdida total o parcial de que recaiga dicho fallo (Parejo Alfonso, 1996, citado por Delpiazzi Antón, 2009, p. 20).

En tercer lugar, la tutela jurisdiccional tampoco será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple, se cumple mal o en forma tardía. La pretensión no queda satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige la efectividad del fallo, la adopción por parte del Tribunal de las medidas conducentes a ello (González Pérez citado por Delpiazzi Antón, 2009, p. 20).

Naturaleza

Durán Martínez (2012, p. 583) sostiene que nadie discute hoy en día que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano. Está así expresamente recogido en el artículo XVIII de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA de 1948, en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (Durán Martínez, 2014a, p. 117; Esteva Gallichio, 2016, p. 186).

En el ámbito europeo es expresamente recogido por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el derecho interno es reconocido genéricamente en forma implícita a veces, como en el artículo 24 de la Constitución de Italia y 19 de la de Alemania, y en forma expresa, como en el artículo 24 de la Constitución de España (Durán Martínez, 2014a, p. 117; Delpiazzi Antón, 2009, p. 29).

En la Constitución uruguaya no está recogido expresamente pero, al ser inherente a la personalidad humana, como se ha dicho, está comprendido en el artículo 72 de la carta (Durán Martínez, 2014a, p. 118).

Delpiazzi Antón (2009, p. 31) por su parte señala que por cualquiera de las dos vías previstas en el artículo 72 de la Constitución cabe el reconocimiento de la tutela jurisdiccional: por un lado, se trata de un derecho inherente a la personalidad humana —así lo preceptúan diversos tratados internacionales de derechos humanos— y, por otro lado, deriva de la forma republicana de gobierno, pauta por la atribución al Estado de solucionar los conflictos que se susciten entre los particulares.

Las menciones doctrinarias demuestran como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está recogido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y recogidos en forma expresa o implícita en las constituciones de los países más avanzados y en la uruguaya. Pero lo más importante es que, si es un derecho

humano, es suprapositivo, cualquiera sea la naturaleza del instrumento jurídico que lo reconozca (Durán Martínez, 2014a, p. 118).

Lo expuesto, dice Durán Martínez (2014b, p. 26), es suficiente para demostrar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho humano que es, integra el *bloque de constitucionalidad*. A su juicio, el bloque de constitucionalidad está conformado por la Constitución de la República y los derechos humanos, sean o no reconocidos por la Constitución, sean o no reconocidos por los tratados internacionales. Obviamente, si están reconocidos, es más sencillo demostrar su existencia, como en este caso (Durán Martínez, 2014a, p. 118).

El derecho al acceso al contencioso anulatorio

Análisis de su contenido a la luz del principio de la tutela jurisdiccional efectiva

El acceso a la jurisdicción implica: a) el acceso a órganos propiamente jurisdiccionales; b) que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; c) que no se obstaculice su acceso.

Durán Martínez (2017, p. 968), analizando el derecho uruguayo, sostiene que *el primer aspecto indicado* (el acceso a órganos propiamente jurisdiccionales) no plantea problemas desde el punto de vista del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En tal sentido expresa el autor citado que si bien a la luz de su experiencia ha preferido un sistema judicialista en lugar del híbrido instaurado a partir de la Constitución de 1952 y un contencioso de plena jurisdicción en lugar de un contencioso con poderes restringidos, como lo es el anulatorio, no se puede desconocer que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, creado por el artículo 307 de la Constitución, que entiende con relación a las demandas de nulidad de actos administrativos (art. 309), es un verdadero órgano jurisdiccional, de máxima jerarquía y brinda suficientes garantías de imparcialidad.

El segundo punto, es decir, que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento, replantea el conocido y discutido tema del acto de gobierno. Desde esta perspectiva resulta difícil sostener la legitimidad del numeral 1.º del artículo 26 del decreto-ley 15525, de 9 de enero de 1984 en cuanto excluye al acto de gobierno de la acción de nulidad (Durán Martínez, 2017, p. 969).

La doctrina uruguaya al referirse al acto de gobierno aludió a «actos que comprometen la estabilidad institucional» (Méndez, 1952, p. 85), «acto que está dominado

o impuesto por necesidades de gobierno», «actos que tienen que ver con el interés público a la seguridad y estabilidad institucional del Estado» (Giorgi, 1958, p. 149).

La jurisprudencia administrativa uruguaya considera los actos de gobierno como una especie de actos administrativos que se distinguen por valoraciones sobre su objeto o finalidad, *constituyen el ejercicio de potestades impuestas por necesidades de gobierno [...] situaciones que afecten la soberanía o la seguridad pública o las relaciones internacionales*. La nota significativa es que por el alto fin que persigue el acto de gobierno se defiende la mayor discrecionalidad de quien lo dicta (sentencia 67, de 25 de octubre de 2016).

Ruocco (2000, p. 440-441) sostiene que no es absoluta la exclusión de los actos de gobierno de la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Señala que si bien es cierto que en el caso del acto de gobierno la atribución a favor de la autoridad competente, de un amplio poder de apreciación o ponderación de la conveniencia y oportunidad de actuar, en función de una necesidad vital de gobierno, constituye el fundamento de la exclusión del contralor jurisdiccional, no es menos cierto que, inatacable por sí mismo, como manifestación gubernativa, el acto puede ser igualmente juzgado por el Tribunal en consideración a sus elementos jurídicos extrínsecos.

Desde esta óptica de análisis, proclive al acceso a la jurisdicción, como expresión de la tutela jurisdiccional efectiva, la exclusión de la procesabilidad del acto de gobierno procederá en aquel reducto en que el ejercicio del poder posee un margen más extenso de apreciación, pero en cuanto a los elementos jurídicos extrínsecos el acto puede ser objeto de la pretensión anulatoria por parte del titular de un interés directo, personal y legítimo.

La eliminación de los actos políticos o de gobierno como categoría de actos no susceptibles de la acción de nulidad es una de las propuestas de García de Enterría (citado por Durán Martínez, 2017, p. 969) para que el poder administrador sea efectivamente un poder esencial y universalmente justiciable.

Por la misma razón, merece rechazo el numeral 5 del artículo 27 del citado decreto-ley 15524, agregado por el artículo 92 de la ley 17556, de 18 de diciembre de 2002, que sustrajo del contencioso anulatorio a los actos administrativos impartidos por los mandos militares a los efectos de imponer sanciones, correctamente declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia por sentencia 46, de 13 de abril de 2005 (Durán Martínez, 2017, p. 969).

Recientemente, por ley se excluyó un nuevo tipo de actos de la acción anulatoria. En efecto, el artículo 368 de la ley 19149, de 24 de octubre de 2013, excluye de la acción de nulidad los actos por los que se dispone una denuncia penal por defraudación tributaria. La inconstitucionalidad de la disposición normativa invocada es incuestionable, ya que nada hay en la Constitución que impida impugnar estos actos (Durán

Martínez, 2017, p. 969), por lo que esta solución merece el máximo rechazo, tal como lo hizo acertadamente Ruocco (2014, p. 168) en un reciente trabajo.

El tercer punto, es decir, que no se obstaculice el acceso, lleva a los requisitos de admisibilidad de la acción de nulidad.

Al respecto debemos distinguir: *a)* requisitos relativos al sujeto, es decir, la cuestión de la legitimación activa; *b)* requisitos relacionados con el acto; *c)* plazo para presentar la acción.

El plazo no presenta problemas desde el punto de vista del estudio del principio en examen, por lo que corresponde centrar la atención en los otros dos.

Legitimación activa

En el sistema jurisdiccional uruguayo se exige una legitimación activa especial para promover determinados procesos. Así, para presentar la acción de nulidad la Constitución exige acreditar la titularidad de un derecho subjetivo, o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo impugnado (art. 309). Asimismo, para promover la acción de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, se exige ser titular de un interés directo, personal y legítimo (art. 258).

En los últimos años y en el marco del neoconstitucionalismo se ha ido relativizando esa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo.

En Uruguay, en realidad, la distinción invocada interesa especialmente en la acción de nulidad en virtud de que lo menciona expresamente la Constitución para saber el número de votos necesarios para anular (art. 310) y para determinar el efecto de la sentencia anulatoria (art. 311).

González Pérez (citado por Durán Martínez, 2015, p. 118), advirtiendo que las distinciones mencionadas relativas a la legitimación activa configuran restricciones al derecho a la tutela judicial efectiva y augurando fórmulas más amplias, decía:

tal vez dentro de unos años los estudiosos del Derecho administrativo al evacuar las actuales exclamen asombrados: «¡Qué tiempos aquellos en que resultaba preciso derrochar paciencia e ingenio para aclarar un concepto tan inútil como el de interés directo!».

Y en otra oportunidad advertía que, frecuentemente, a la hora de decidir en un proceso

los tribunales prescinden de todas esas zarandajas inventadas por la doctrina y acaban definiéndolo con arreglo al Diccionario de la *Real Academia Española*, reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al

que la formula 'beneficio', 'utilidad', 'ganancia', 'provecho', 'comodidad' o, dicho de otro modo, que le evitará un 'perjuicio', 'incomodidad', que es como define la Academia el interés. (González Pérez citado por Durán Martínez, 2015, p. 119)

Asimismo, en Italia donde nace el concepto del interés legítimo, se ha comenzado a cuestionarlo. En efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia 33804, de 3 de octubre de 2000, en autos *Mennitto c/ Italia*, cuestionó la distinción italiana entre derechos subjetivos e intereses legítimos, propia de su sistema para deslindar la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, por entender que según el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el interés legítimo reviste la condición de un *derecho civil*, y por consiguiente el tutelado tiene derecho a una indemnización (citado por Durán Martínez, 2015, p. 119).

Esta sentencia ha llevado a la doctrina y jurisprudencia constitucional italiana a plantearse la supervivencia del concepto de interés legítimo como base para dividir su jurisdicción, lo que configura un obstáculo para la tutela jurisdiccional efectiva.

Agotamiento de la vía administrativa

En cuanto a los requisitos relacionados con el acto, cabe decir que el artículo 309 de la Constitución exige que el acto administrativo deba ser definitivo.

Coordinando los artículos 309, 317, 318 y 319 de la Constitución, se entiende que acto administrativo definitivo es aquel respecto del cual se agotó la vía administrativa mediante la interposición, en tiempo y forma, de los recursos administrativos correspondientes y su resolución expresa o ficta. Este concepto fue recepcionado a texto expreso por la ley (art. 24, inciso primero, decreto-ley 15524, de 9 de enero de 1984).

Durán Martínez (2004, p. 194) sostiene que, conforme a la realidad uruguaya, los recursos administrativos jamás pueden ser considerados una garantía del hombre, como ocurre en otros países, sin perjuicio de que bien entendidos pueden servir para la defensa de los derechos o intereses de los afectados por el acto impugnado o como un instrumento de control interno.

Lamentablemente en nuestro país en este tema se han olvidado de los derechos humanos y se ha priorizado la llamada *razón de Estado* bajo el pretexto de un mal entendido interés general.

Por supuesto que no propiciamos la eliminación de los recursos administrativos. Pero ellos no deben condicionar la acción de nulidad. Es preciso una reforma constitucional que admita la acción de nulidad directa sin perjuicio de la posibilidad de impugnación por medio de recursos que, cuando sean por razones de legitimidad, provoquen el levantamiento de las restricciones a la estabilidad del acto. Ello permite una garantía real al administrado sin quitarle la posibilidad a

la Administración de revisar sus actos en esos casos, al resolver los recursos o ante una eventual acción anulatoria.

El agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad debe considerarse como una especie de resabio del Estado Absolutista muy reñido con el Estado de Derecho. Parafraseando a Alberto Ramón Real, diríamos que este sistema es una Isla del Estado de Policía dentro del Estado de Derecho. (Durán Martínez, 2000, p. 59).

En este tema, Cajarville Peluffo (1987, p. 8) expresó:

así regulados y entendidos los recursos no son ciertamente una *garantía* para el lesionado; son un desmedido privilegio de la Administración. Es así que solo sirve para dilatar el acceso a la verdadera garantía que es la jurisprudencial.

En la doctrina argentina, Cassagne (citado en Durán Martínez, 2017, p. 971) señala que el requisito del previo agotamiento de la vía administrativa resulta opuesto

al principio de la tutela judicial efectiva, que reclama tanto el acceso irrestricto a un juicio pleno como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso-administrativo.

Especial relevancia tiene en el tema en examen invocar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En efecto, la Corte citada ha impuesto un giro copernicano al planteo tradicional que exhibía el derecho comparado —y que aún se mantiene en diversos ordenamientos— que legitimaba la exigencia de agotar la vía administrativa para poder acceder a la justicia, con fundamento en una serie de principios tales como eficacia, eficiencia y buena administración.

Si bien el legislador entendía que, con dicha exigencia, la propia Administración podía defender el acto administrativo impugnado, declarar su invalidez o modificarlo, lo que evitaba que compareciera ante la Justicia, lo cierto es que la regla del agotamiento se erigía en un formidable privilegio a favor de la Administración que conculcaba el principio de igualdad de las cargas procesales y la tutela judicial efectiva (Cassagne, 2019, p. 468).

La jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en el caso *Fonseca Ledesma*, consideró que, a la luz de la supremacía de la Constitución y de la mayor jerarquía y vinculación de los derechos fundamentales (la Corte habla de la eficacia expansiva y progresiva y de la interpretación más favorable), el carácter preceptivo y obligatorio de la regla

riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida —ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva)— y con el principio de igualdad, puesto que sólo en el proceso contencioso administrativo [...] se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional

al agotamiento de la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos ordinarios correspondientes (citado por Cassagne, 2016, p. 468).

El alto tribunal costarricense enfatiza en el sentido de que la violación de la tutela judicial efectiva deriva de los siguientes aspectos:

- a) El hecho de que los recursos administrativos no logran que los superiores jerárquicos modifiquen o revoquen las decisiones adoptadas por los órganos inferiores. Puntualiza al respecto que es algo así como pretender «sacar agua de un pozo seco», transformando el procedimiento previo a la instancia judicial en una pesada carga para el administrado.
- b) Las demoras que dilatan la decisión de fondo en el procedimiento administrativo, lo cual prolonga —en forma indefinida— el acceso a la justicia.
- c) La sumatoria de este último plazo (el necesario para agotar la vía administrativa) con el término de duración de los procesos contencioso-administrativo, sumatoria que, en definitiva, genera una justicia tardía.

Adquiere relevancia, a su vez la fundamentación concerniente al principio de igualdad, cuyo contenido refuerza la tesis garantística que se encuentra en la entraña del principio de la tutela judicial efectiva. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló:

En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la auto-tutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de las órdenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento

para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados.¹

La línea inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mantenida en sentencias posteriores, alcanzó consolidación parcial en el Código Procesal Contencioso Administrativo de dicho país que entró en vigencia el 1.º de enero de 2008. En este último ordenamiento, se sienta el carácter optativo de la regla del agotamiento como principio general que solo hace excepción en materia municipal y de contratación pública (Jiménez Meza, 2006, citado por Cassagne, 2016, p. 469).

En el mundo el previo agotamiento de la vía administrativa ha entrado en crisis. Una visión del derecho desde la perspectiva de los derechos humanos, en particular del derecho a la tutela judicial efectiva, rechaza esa exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa para presentar una acción jurisdiccional. Los recursos configuran un derecho, no un deber (Durán Martínez, 2017, p. 427).

El silencio positivo y la tutela administrativa efectiva

La omisión de la Administración de su deber de pronunciarse sobre las peticiones —en sentido amplio— configura el silencio administrativo. En estos casos la voluntad de la Administración no se exterioriza expresamente. Existen casos de manifestaciones de voluntad no explícitas en las que el derecho reconoce un determinado valor al silencio. Hay casos que, ante el silencio de la Administración —no hay declaración expresa de voluntad—, el derecho le asigna un valor a ese silencio: en ocasiones positivo y en otros negativo.

El artículo 318, inciso 1.º, de la Constitución establece la obligación de toda autoridad administrativa

a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones,

en cierto plazo. «Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado», configurando la denegatoria ficta (silencio negativo).

Recordemos que lo propio del Estado Constitucional de Derecho, que impregna todo el derecho administrativo contemporáneo, es el reconocimiento de la primacía de la persona humana, derivada de su eminente dignidad. El Estado es un ser instrumen-

1 Considerando V de la sentencia Fonseca Ledezma (citado por Cassagne, 2016, p. 469).

tal para el interés general, la Administración forma parte del Estado, con lo cual está finalizada a ese interés general.

En tal sentido, Delpiazzo (2015, p. 91) pone el acento en el carácter servicial de la Administración para la procura del bien común, entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección.

La Administración está para servir con pleno sometimiento a las reglas de derecho, con lo cual debe cumplir con sus deberes, entre los que se encuentra la obligación de decidir expresamente respecto de las peticiones y recursos que le sean planteados por los administrados.

Aramendía y Pío (2015, p. 117) sostienen:

Si existe obligación del Estado —en sentido amplio— de decidir es porque existe el derecho subjetivo correlativo a la decisión expresa del sujeto titular de un derecho subjetivo o interés legítimo.

El silencio de la Administración es violatorio del deber de decidir, conferirle valor positivo al silencio contribuye a la eficacia administrativa y a la buena administración. Si bien es cierto que se ha sostenido que la atribución al silencio de valor desestimatorio (silencio negativo) configura una manifestación del principio de la tutela jurisdiccional efectiva para facilitar el acceso a la jurisdicción contencioso anulatorio, también es propio de la tutela jurisdiccional efectiva, una vez en la Justicia, obtener la garantía de defensa y una solución en un plazo razonable.

En tal sentido, es una posición generalizada en el marco de las tendencias transformadoras del derecho administrativo que las diversas manifestaciones del principio de la tutela jurisdiccional efectiva a que aludía Jesús González Pérez son igualmente aplicables en la actividad administrativa; lo que reconoce la admisibilidad del principio de la tutela administrativa efectiva con relación al procedimiento administrativo; en consecuencia, es propio de la tutela administrativa efectiva que el administrado pueda obtener una solución a la petición o recurso planteado en el plazo legalmente establecido.²

Nessar y un grupo de investigación en derecho administrativo de la Universidad de Montevideo (Nessar et al., 2008, p. 807), bajo su dirección, han realizado un estudio de la figura en examen (silencio positivo) y han aportado una nueva lectura del artícu-

2 Lo expresado recoge las ideas expuestas por la profesora Graciela Ruocco en la exposición sobre *acto administrativo ficto*, en el Noveno Seminario Internacional de Derecho Administrativo (Acto Administrativo), Augusto Durán Martínez (coordinador), realizado los días 7 y 8 de agosto de 2018. La Ley, Uruguay.

lo 318 de la Constitución y su adecuación a los principios generales del procedimiento administrativo.

En la mencionada investigación se considera que es constitucionalmente posible en el sistema jurídico uruguayo atribuir efecto positivo al silencio de la Administración en los recursos administrativos subsidiarios.

El anteproyecto elaborado por el grupo sigue la interpretación que del artículo 318 de la Constitución formula el art. 40 de la ley 17292 de 25 de enero de 2001, que recoge la interpretación de Juan Pablo Cajarville en el sentido de que «autoridad administrativa» hace referencia al órgano del cual emana un acto y sus «decisiones» hace referencia a aquellos actos dictados, por dicho órgano, en ejercicio de su competencia.

En consecuencia, las disposiciones del artículo 318 de la Constitución serán exclusivamente aplicables a los recursos de revocación o reposición que resuelven únicamente sobre sus «decisiones». No serán aplicables para los recursos subsidiarios que resuelven sobre las decisiones tomadas por órganos sometidos a jerarquía o a tutela administrativa.

En efecto, el artículo 318 de la Constitución dispone en su inciso segundo: «Se entenderá rechazada la petición o el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera en el término indicado».

¿Y cuál es el término indicado? Indudablemente el referido en el inciso primero. Cabe concluir que, según el artículo 318, el silencio de la autoridad administrativa tendrá valor negativo únicamente cuando esta tenga la obligación de decidir en el plazo constitucional indicado.

El silencio negativo no está previsto para la inercia de «Toda autoridad administrativa», sino únicamente para aquella que no decidió en el plazo constitucional indicado.

En otros términos, la denegatoria ficta de los recursos administrativos —silencio negativo— está prevista a nivel constitucional exclusivamente para los recursos de revocación o reposición, no así para los recursos administrativos subsidiarios. En consecuencia, entendemos que no existe obstáculo o impedimento constitucional para que la ley atribuya efecto positivo al silencio en los recursos administrativos subsidiarios. (Nessar et al., 2008, pp. 810-811)

Finalmente, en el trabajo de investigación mencionado los autores citados sostienen que atribuir efecto positivo al silencio de la Administración no solo no colide con la normativa vigente, sino que fortalece el cumplimiento de los principios generales de derecho que informan todo el procedimiento: imparcialidad; legalidad objetiva; impulsión de oficio; verdad material; economía, celeridad y eficacia; informalismo a favor

del administrado; flexibilidad; ausencia de ritualismo y materialidad; debido procedimiento; buena fe y lealtad; motivación de la decisión; gratuidad; servicio al ciudadano. (Nessar et al., 2008, p. 814)

Apreciaciones finales

1. Al imponerse una nueva visión del derecho basada en la centralidad de la persona humana, los derechos humanos se colocan en la cúspide del bloque de constitucionalidad.
2. El derecho a la tutela judicial efectiva constituye un principio general inspirador y rector de todo el sistema jurídico.
3. El derecho a la tutela judicial efectiva impide que existan actos excluidos del control jurisdiccional anulatorio.
4. La realidad actual de la doctrina y del derecho comparado marcan un concepto evolutivo de la legitimación activa, que incentiva que se adopten formulas más amplias, que dentro de lo razonablemente posible conduzcan a favorecer el acceso al proceso.
5. Una visión del derecho desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva rechaza la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa para presentar una acción jurisdiccional.
6. La denegatoria ficta prevista en el artículo 318 inciso segundo de la Constitución que fue consagrada para facilitar el acceso al contencioso anulatorio en los hechos se ha convertido en un desmedido privilegio de la Administración.
7. En el marco de las tendencias transformadoras del derecho administrativo, las diversas manifestaciones del principio de la tutela jurisdiccional efectiva son también aplicables a la actividad administrativa, especialmente al reconocer que el principio de la tutela administrativa efectiva es admisible en el procedimiento administrativo.
8. Se coincide con Ruocco en que el silencio estimatorio (positivo) de la Administración como proyección del derecho a la tutela administrativa efectiva configura una solución más beneficiosa para el administrado y, asimismo, una afirmación de la eficacia administrativa y de la buena administración.
9. Se comparte la tesis sustentada por Nessar y su grupo de investigación en derecho administrativo de la Universidad de Montevideo (Nessar et al., 2008) en el sentido de que atribuir efecto positivo al silencio de la Administración no solo no colide con la normativa vigente sino que fortalece el cumplimiento de los principios generales que informan el procedimiento administrativo.

10. La implementación de las soluciones positivas planteadas, con carácter general para todas las peticiones y recursos administrativos, necesariamente deben ser objeto de una futura reforma constitucional.

Bibliografía

- ARAMENDÍA, M. & PÍO, J. P. (2015). El silencio positivo de la Administración Pública en el Uruguay. Montevideo: FCU.
- CAJARVILLE PELUFFO, J. P. (1987). *Recursos administrativos*. Montevideo: FCU.
- CASSAGNE, J. C. (2016). Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo). Buenos Aires: Reus.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay* (1967). Asamblea General, Montevideo, Uruguay, 24 de agosto de 1966.
- COUTURE, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. ed. Buenos Aires: Depalma.
- DELPIAZZO ANTÓN, G. (2009). *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- DELPIAZZO, C. (2015). *Derecho Administración General: Volumen 1*. 2da. ed. act. y amp. Montevideo: Amalio M. Fernández.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2000). *El agotamiento de la vía administrativa: Un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad*. Montevideo: CEDECU. (Serie Ensayos, 1)
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2004). *Estudios de Derecho Público: Volumen I*. Montevideo: s.n.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2012). *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. Montevideo: La Ley Uruguay.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2014a). «La tutela jurisdiccional efectiva y el contencioso administrativo de anulación en Uruguay». *Estudios Jurídicos*, 13, 115-162.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2014b). «El control de convencionalidad y el derecho público interno». *La Justicia Uruguaya*, 75(149), 23-33.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2015). *Contencioso administrativo*. 2da. ed. act. y amp. Montevideo: FCU.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2017). *Derecho administrativo: Otra forma de verlo*. Montevideo: La Ley Uruguay.
- ESTEVA GALLICHIO, E. (2016). «Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre la exclusión de la procesabilidad de actos administrativos en razón del fundamento del acto». *Estudios de Derecho Administrativo*, 14, 181-192.
- GIORGI, H. (1958). *El contencioso administrativo de anulación*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

- LEY N° 15.524 (1984). *Tribunal de lo contencioso administrativo*. Recuperado de https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/15524?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.
- MARABOTTO LUGARO, J. (2003). «Un derecho humano esencial: El acceso a la justicia». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung.
- MÉNDEZ, A. (1952). *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo*. Montevideo: Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado.
- NESSAR, S., BREZZO, A., CELLI, A., DI BELLO, P., FISCHER, G., HUGHES, N., LORENZO, J., MATA, C., SAETTONE, M., SILVA, C. y WILLIMAN, J. R (2008). *Un nuevo enfoque del art. 318 de la Constitución de la República del Uruguay*. En C. DELPIAZZO (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito*. Montevideo: FCU. 2008.
- RUOCCO, G. (2000). «Acto político y acto de gobierno en el derecho nacional». En *Estudios en memoria de Héctor Frugone Squiavone* (pp. 435-444). Montevideo: Universidad Católica del Uruguay.
- RUOCCO, G. (2014). «Deberes de la administración tributaria en el proceso administrativo tributario». *Estudios de Derecho Administrativo*, 9, 145-179.