



La protección de los Derecho Humanos en la ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Nicaragua

The Protection of Human Rights in the Law of Contentious Administrative Jurisdiction in Nicaragua

Karlos Navarro Medal*

Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores

Resumen:

Este artículo, presenta, un análisis de la relación entre los derechos humanos, la tutela judicial efectiva, y el contencioso administrativo. El derecho fundamental de toda persona de acceder a tribunales independientes en procura de Justicia proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945, también fue ampliamente reconocido, aunque en algunos casos con formulaciones diferentes, tanto en el derecho europeo y americano, como en tratados internacionales; y en las leyes Contenciosas Administrativas.

Abstract:

This article presents an analysis of the relationship between human rights, effective judicial protection, and administrative litigation. The fundamental right of every person to access independent courts for justice proclaimed in art. 10 of the Universal Declaration of Human Rights of 1945, was also widely recognized, although in some cases with different formulations, both in European and American law, and in international treaties; and in the Contentious Administrative laws.

Palabras clave:

Constitución – Estado – Derechos humanos – Tutela Judicial efectiva – Contencioso Administrativo

Sumario:

1. Introducción – 2. El derecho a la tutela judicial efectiva – 3. Alcance del derecho a la tutela judicial efectiva – 4. Obstáculos para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa

* Doctor en Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca, España. Director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores. Ha presidido la comisión técnica de redacción de los proyectos de ley de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo de Nicaragua. Contacto: karlosn@usal.es, karlosn@hotmail.es

1. Introducción

Los movimientos constitucionalistas, de inspiración iusnaturalista que racionalizaron el Estado a través de las Constituciones escritas y de las Declaraciones de Derechos, reconoció la dignidad humana, la igualdad y la libertad como principio básico de todo ordenamiento jurídico del cual derivan un conjunto de derechos que son inherente a la persona humana¹.

El Estado Constitucional, tal y como ha sido configurado desde sus orígenes, supone un sistema de equilibrio de poderes y una definición de los derechos que van a quedar garantizados por esa división y limitación de poder.

La Constitución política de Nicaragua (en adelante CN), establece, la dignidad de la persona, como fuente de la Declaración de Derecho, y de su mismo sistema de garantía previsto, y reconoce, una eficaz, tutela de los derechos fundamentales, que constituye la más elemental garantía de los derechos de la persona.

El artículo 5, de la CN, dice que son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos; y el artículo 33, en su inciso, 2., nos habla que debemos de ser tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Dentro del sistema de tutela de los derechos, la CN, establece las llamadas garantías jurisdiccionales, reservadas únicamente para el principio de igualdad del artículo 27; así, como para la objeción de conciencia: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión. Nadie puede ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar estos derechos ni a ser obligado a declarar su credo, ideología o creencias” (art.27 CN).

El artículo 160, de la CN, asimismo establece: “La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia”.

La Constitución ordena la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por medio de dos vías. La primera: un procedimiento judicial preferente y sumario encomendado a los “tribunales ordinarios”, y la segunda: un recurso de amparo².

1 Sobre la conceptualización de los derechos fundamentales como concepto histórico, concreción de las facultades e instituciones que en cada momento realizan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad, puede consultarse Pérez Luño, E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, págs 48 y ss. Sobre la centralidad del concepto de dignidad humana, como fórmula omnicompreensiva y fundante y prepuesto, al mismo tiempo, lógico e ideológico, de las modernas Constituciones, véase la magnífica obra de Spadaro, A.: *Contributo per una teoria della Costituzione* (vol. I. Fra democrazia relativista e assolutismo etico), Giuffrè editore, Milán, 1994, especialmente, págs.69-76.

2 Omar Gracia, destaca que en “el ordenamiento jurídico-constitucional nicaragüense configura un mecanismo de protección constitucional que denomina “recurso de amparo” (artículos 45 y 188 de la Constitución). RIZO OYANGUREN (1992) citado por SÁNCHEZ CORRALES ha destacado que el amparo en Nicaragua es un “juicio autónomo de carácter contencioso”, es decir, el amparo implica la existencia de un litigio que se da dentro de un proceso y ante una instancia jurisdiccional y que concluye mediante una sentencia de carácter definitiva. Ello, lógicamente, ubicaría al amparo como un auténtico juicio similar al tratamiento generalizado que existe sobre esta figura en el ámbito latinoamericano y que es conocida por diversos nombres —acción de tutela en Colombia, mandato de segurança en Brasil, juicio de amparo en México, entre otros—

En el caso nicaragüense, el mecanismo de protección de constitucionalidad denominado por el constituyente y el legislador ordinario como “recurso de amparo” no es un medio de “impugnación de decisiones” emanadas de “autoridad” que afectan o vulneran derechos constitucionales, sino todo lo contrario, un auténtico mecanismo de protección de derechos y garantías constitucionales de forma autónoma y eventualmente, como se podrá observar más adelante, como un medio de control de normas en casos concretos.

En ese sentido, el mecanismo de protección en el sistema nicaragüense tiene una doble naturaleza o naturaleza dual que puede ser fácilmente identificada a través de la redacción constitucional y legal sobre el tratamiento del mismo. El artículo 45 de la Constitución establece lo siguiente: “Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el Recurso de Exhibición Personal o de Amparo, según el caso y de acuerdo a la Ley de Amparo”.

El artículo 188 del texto constitucional reafirma la idea de mecanismo de protección de “derechos” y agrega la expresión “garantías”, ambos consagrados en la Constitución Política.

Por su parte, la Ley de Amparo introduce otro elemento que va a configurar en su totalidad la doble naturaleza o naturaleza dual del recurso de amparo en Nicaragua. El recurso de amparo podrá también servir como cauce o instrumento jurídico para controlar la constitucionalidad de ciertas normas en casos concretos. En ese sentido, el artículo 22 de la Ley de Amparo hace referencia a la utilización del mecanismo para activar la denominada “inconstitucionalidad en casos concretos” que opera como un mecanismo de control de normas aplicadas al caso particular que está siendo objeto del amparo. El artículo 29, inciso 3, de la misma Ley de Amparo destaca que uno de los requisitos del escrito de amparo es señalar si una “ley, decreto o reglamento” aplicada a ese caso es, a juicio del recurrente, considerada inconstitucional.

En ese sentido, el recurso de amparo en el sistema constitucional nicaragüense tendrá como naturaleza jurídica la protección de “derechos y garantías constitucionales” (artículos 45 y 188, Constitución) y el control de normas en casos concretos (ley, decreto o reglamentos) que se estén aplicando al caso y que según valoración del recurrente del amparo (sujeto con legitimación activa) las considere inconstitucionales, o bien, tal como destaca el artículo 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a juicio de la “autoridad

Este tipo de garantía ha sido considerado por muchos como la piedra angular del sistema de protección de los derechos fundamentales, hasta el punto de que KELSEN afirmaba que las Declaraciones de Derechos atribuyen al individuo un derecho en el sentido técnico de la palabra sólo si aquél tiene la posibilidad de reclamar en juicio contra un acto inconstitucional del órgano y, especialmente, si puede poner en movimiento un procedimiento que anule el acto inconstitucional. Por ello, a partir del periodo de entreguerras empiezan a generalizarse los instrumentos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

2. El derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho fundamental de toda persona de acceder a tribunales independientes en procura de Justicia proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945, también fue ampliamente reconocido, aunque en algunos casos con formulaciones diferentes, tanto en el derecho europeo y americano, como en tratados internacionales.

Así, por ejemplo, cabe citar las constituciones de postguerra, como la italiana de 1947 (art. 24.1) y la de la República Federal de Alemania de 1949 (art. 19.4), las que incorporaron disposiciones que expresamente reconocieron el derecho de acceder a órganos judiciales para la protección de situaciones jurídicas subjetivas.

También, con posterioridad, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de enero de 1950, se estipuló ante la violación de los derechos y libertades allí reconocidos, el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante una instancia nacional.

Con una formulación análoga a la de los textos constitucionales italiano y alemán, la constitución española de 1978 en el art. 24.1, reconoce el derecho de toda persona a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse una situación de indefensión.

En la CN este derecho, se encuentra en el artículo 160: "La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia".

En fecha posterior, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, recibió expresamente en su art. 47, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial³.

Del mismo modo, los países americanos han celebrado tratados en los que se ha consagrado el derecho de acceso de toda persona a la jurisdicción en defensa de sus derechos. Así cabe citar en primer lugar, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, y en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, en donde se regula este derecho fundamental con una formulación análoga a la de las cartas europeas antes citadas.

judicial" se consideran inconstitucionales. El recurso de amparo en el ordenamiento nicaragüense. Del mismo autor: "El sistema mixto de control de constitucionalidad en Nicaragua", en *Libro homenaje al profesor Héctor Fix-Zamudio*, cit., pp. 554 y 555. Curso de Derecho Constitucional. Managua, Nicaragua. INEJ. 2011.

Sobre el recurso de amparo en Nicaragua puede consultarse: CUAREZMA TERÁN, SERGIO y MORENO CASTILLO, MARÍA ASUNCIÓN. "La justicia constitucional en Nicaragua", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 265-268; ESCOBAR FORNOS, IVÁN. *Introducción al derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2005, pp. 247-292; ESCOBAR FORNOS, IVÁN. *Derecho procesal constitucional: el amparo*, Hispamer, Managua, 2004, p. 16. PÉREZ TREMPES, PABLO. "La jurisdicción constitucional en Nicaragua", *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 222-228; RAMOS MENDOZA, JOSEFINA. "Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua I y II", en *Revista Justicia*, No. 20-21, febrero-abril de 2000, pp. 9-13 y 19-21, respectivamente; ROSALES ARGÜELLO, FRANCISCO. "El constitucionalismo y el amparo de los derechos fundamentales", en CASTRO RIVERA, EDWIN y CUAREZMA TERÁN, SERGIO J. (dirs.), *A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos*, INEJ, Managua, 2008, pp. 75-88; GARCÍA VÍLCHEZ, JULIO RAMÓN. *Manual de amparo. Teoría, práctica y jurisprudencia*, LEA-Grupo Editorial, Managua, 2004, pp. 40-47; GUEVARA SOLÍS, SELENE. "Algunos aspectos del amparo en Nicaragua", en *Libro homenaje al profesor Héctor Fix-Zamudio*, cit., p. 513.

3 En el inciso I, basado en el art. 13 del CEDH, se estatuye que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. A su vez, el apartado 2, que se corresponde con el apartado 1 del art. 6 del CEDH. Reconoce el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa y públicamente en plazo razonable por un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley. Y se agrega el derecho a hacerse aconsejar, patrocinar y defender.

En el tercer párrafo se determina el derecho a contar con asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para asegurar la efectividad del acceso a la justicia.

En el art. 8.1⁴ del último de los pactos citados, se reconocen los siguientes derechos: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez, en el art. 25.1 se dispone: “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales*”.

En los incisos siguientes, los Estados parte se comprometen a garantizar: que la decisión del recurso antes indicado estará a cargo de la autoridad competente; que cumplirán la resolución judicial del recurso; y que desarrollarán las posibilidades del recurso judicial.

En lo que concierne a Nicaragua, se ha otorgado jerarquía constitucional a los tratados internacionales de protección a los derechos humanos. Arto. 46: “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

De estos tratados los cuatro primeros tutelan ampliamente el derecho de acceso a la justicia

3. Alcance del derecho a la tutela judicial efectiva

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos⁵: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia⁶.

Dentro de dicho esquema, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos:

- a) a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil.
- b) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa;
- c) a un juez natural e imparcial;
- d) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción;
- e) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*);
- f) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados;
- g) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial.
- h) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende;

4 El art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica textualmente determina: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”.

5 González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 200, p.59. Pablo Esteban Perrino, en su artículo “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativo”. Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo –I, pp. 257/294

6 Carsten Kremer Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión Europea. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV (Valparaíso, Chile, 2010, 2o Semestre). pp. 189 – 226. Pablo Esteban Perrino, en su artículo “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativo”. Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo –I, pp. 257/294

- i) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia;
- j) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas;
- k) a impugnar la sentencia definitiva;
- l) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada;
- m) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable;
- n) a contar con asistencia letrada.

4. Obstáculos para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa

Tal como surge de lo anteriormente señalado, el derecho a la protección judicial receptado en nuestro ordenamiento despliega sus efectos, en primer lugar, en el momento del acceso a la jurisdicción, al asegurar al justiciable la defensa de sus derechos en sede jurisdiccional en forma real y efectiva y no meramente teórica.

En este sentido ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que “el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”.

Con base en lo expuesto examinaremos las dificultades que tradicionalmente se presentan al tiempo de promover un litigio contra la Administración.

4.1 El carácter revisor del proceso contencioso administrativo

El primer problema que cabe mencionar y que ha ocasionado muchas dificultades para el acceso a la justicia en los litigios contra el Estado concierne al mítico principio de la decisión previa y su consecuencia el carácter revisor de actos de la jurisdicción contencioso-administrativa que fue adoptado en aquellos sistemas jurídicos que, siguió en gran medida el modelo francés.

Como es sabido en Nicaragua, en un primer momento, al igual que aconteció en Francia y en España y en numerosos países latinoamericanos, tradicionalmente se entendió que la jurisdicción contencioso-administrativa era de carácter revisor de lo actuado en sede administrativa⁷.

De ahí que se requería, aun se lo continúa exigiendo en algunos países, que constituye un requisito en este tipo de procesos la existencia ende un acto previo denegatorio.

Esta concepción, que no es más que un resabio de la antigua doctrina francesa del ministro-juez⁸, abandonada por el Consejo de Estado en 1889 en el caso “Cadot”⁹, que consideraba que el objeto del

7 En la Constitución de 1974, en el Título XII llamado Poder Judicial, que trataba de la organización y atribuciones de este Poder, es donde se encuentran las normas que regulan al Contencioso-Administrativo. Se estableció la creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los artículos 303 y 304, se contempla la estructuración de un “Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, adscrito al Poder Judicial.

El arto. 303 decía: “Habrán un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en la capital de la República, que conocerá de los asuntos y en la forma que determine la Ley. Se compondrá de cinco Magistrados con sus respectivos suplentes, electos por el Congreso Nacional en Cámaras Unidas, de los cuales dos pertenecerán al Partido que hubiere obtenido el segundo lugar en las últimas elecciones de Autoridades Supremas. El Magistrado primeramente electo será el Presidente de dicho Tribunal. La Ley podrá, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, crear otros órganos de la Contencioso-Administrativo”.

Por su parte el arto 304 decía: “Contra las resoluciones del Tribunal de la Contencioso-Administrativo se podrá recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, en los casos que determine la Ley”.

En los artículos 284, 288, 290 y 305 del mismo cuerpo legal se desarrollaron otros aspectos de lo Contencioso-Administrativo. A pesar de dedicársele todos estos artículos el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo nunca se llegó a organizar, ni se dictó la ley para su funcionamiento.

8 Rivero, Jean y Waline, Jean “Droit administratif”, 16ª ed., Dalloz, Paris, 1996, p. 191.

9 “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative”, 10ª ed., Sirey, Paris, 1993, p.35 y ss.

proceso contencioso administrativo era la impugnación de *actos ilegítimos*, cuando en verdad –según lo ha señalado la moderna doctrina administrativa, siguiendo las enseñanzas de Jaime Guasp, el objeto de todo proceso, y también el del contencioso administrativo, es siempre una pretensión¹⁰.

El proceso no es otra cosa que el instituto jurídico destinado a la satisfacción de pretensiones¹¹.

El acto administrativo, por ende, no es el objeto del proceso. Solo constituye en un determinado tipo de controversia contenciosa administrativa un presupuesto de aquella.

En consecuencia, no es el contenido del acto impugnado, sino las pretensiones las que contribuyen a delimitar los poderes del juez.

Lo ha señalado Cassagne, “si se parte del principio según el cual, en los sistemas judicialistas como es el nuestro (...), la jurisdicción contencioso-administrativa es plena y no se halla recortada por la interpretación francesa de la división de poderes, no cabe sino reconocer la manifiesta y abierta incompatibilidad del dogma revisor con la existencia de una efectiva tutela judicial”¹².

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa administrativa (350), fija el ámbito de la jurisdicción contenciosa en sus art. 14 y sigs. Incluye para ello una cláusula general, a la que añade posteriormente un listado de cuestiones incluidas y excluidas del ámbito de conocimiento de la justicia administrativa.

Con carácter general, la jurisdicción contenciosa conocerá de las pretensiones que se deduzcan contra actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones, situaciones y simples vías de hecho de la Administración Pública (art. 14 LJ).

Como puede verse, la ley jurisdiccional es, en este sentido, bastante avanzada, en cuanto admite que se planteen pretensiones no sólo en relación con la actividad jurídica de la Administración (actos administrativos y reglamentos), sino también en relación con su actividad material (inactividad de la Administración y vías de hecho), pero principalmente apunta su ámbito en la pretensión procesal.

4.2 Los requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa

Otro de los temas que ha suscitado numerosos inconvenientes al momento de acceder a la jurisdicción es el relativo a los llamados requisitos de admisibilidad de la pretensión impugnatoria.

La existencia de recaudos de admisibilidad en todo proceso obedece, según los casos, a una adecuada ordenación del proceso y a razones de seguridad jurídica. Su concurrencia es necesaria para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida y el juez pueda dictar la sentencia de fondo.

En los juicios contencioso-administrativos además de los requisitos de admisibilidad comunes a todos los procesos, generalmente los distintos ordenamientos jurídicos exigen el cumplimiento de otros presupuestos específicos propios de este tipo de litigios, modernamente denominados por algún sector de la doctrina como condiciones de acceso a la instancia judicial (Vgr. tratándose de pretensiones impugnatorias: agotamiento de la vía, acto administrativo definitivo, plazo de caducidad, etc.)¹³.

Cuando no media una adecuada regulación o se efectúa por parte de los jueces una interpretación ritualista de estos presupuestos procesales, se puede incurrir en limitaciones contrarias al texto constitucional descalificables por dar lugar a situaciones de privación de justicia. Ello ha ocurrido en más de una ocasión con algunos de los requisitos tradicionalmente previstos para las pretensiones procesales administrativas impugnatorias. Seguidamente lo examinaremos.

10 Guasp Delgado, Jaime, “La pretensión procesal”, Civitas, Madrid, 1981, p.57; conf. Palacio, Lino E., “Derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, t. I, p. 376 y ss. Según la conocida definición de Guasp “La pretensión es la reclamación o queja que una parte dirige frente a otra y ante el juez que se trata de satisfacer mediante el proceso” (“Derecho Procesal Civil”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. I, p. 217). A su vez, siguiendo de cerca las enseñanzas del citado maestro español Lino E. Palacio sostiene que “la pretensión “es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración” (ob. cit. t. I, p. 394).

11 Guasp, Jaime, “Derecho procesal civil”, cit., t. I, p. 16 y González Pérez, Jesús, “Derecho procesal administrativo”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, t.1, p.43 y 211.

12 Cassagne, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa”, Rev. de Der. Adm. n° 32, p.1533.

13 González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p. 162; Grau, Armando Emilio, *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, Platense, La Plata, 1971, ps. 68 y ss.; Diez, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo)*, con la colaboración de Tomás Hutchinson, Plus Ultra, Bs. As. 1996, p.87.

4.2.1 El agotamiento de la vía administrativa

El estudio comparativo de la legislación de países europeos y americanos pone de relieve un tratamiento disímil del instituto del agotamiento de la vía, pues mientras que en algunos regímenes los recursos administrativos no son de articulación obligatoria sino facultativa para acceder a la instancia judicial, como en Francia¹⁴, Italia¹⁵ a partir de la reforma de 1971, Méjico¹⁶ y Costa Rica¹⁷ en otros ordenamientos comparados- si bien con diferentes matices- se mantiene vigente este instituto. Tal el caso de Alemania¹⁸, España¹⁹, Estados Unidos²⁰,

- 14 En el derecho francés por regla los recursos administrativos son de carácter optativo para el particular (Sarmiento Acosta, Manuel J., "Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa", Civitas, Madrid, 1996, p. 369; ver: Turpin, Dominique, *Contentieux Administratif*, Hachette, Paris, 1994, ob. cit. p. 98). Sin embargo, al lado de los recursos administrativos comunes, cuya articulación es siempre optativa para el interesado, existe una cantidad cada vez más importante de recursos administrativos especiales, que en numerosos casos se exige obligatoriamente su presentación para poder acudir al juez contencioso administrativo (ver: Pierre Subra de Bieusses, *Los recursos administrativos en el Derecho francés*, D.A. n.º 221, ps. 69 y 79 y Turpin, ob. cit. p. 98. Es importante señalar que en los casos en que no es exigible la interposición de un recurso administrativo para acceder a la vía contencioso administrativa de todas maneras siempre es menester el tránsito por una vía administrativa previa en virtud del requisito de la *décision préalable* (Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 9ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1919, ps.445 y ss. y Mairal, Héctor A. "Control judicial de la Administración Pública", Depalma, Bs. As., 1982, t. 1, p.314). Según esta regla, que aparece como una supervivencia de la antigua doctrina del Ministro-juez", no puede interponerse un recurso contencioso administrativo si no existe una decisión previa contraria a la pretensión del requirente adoptada por la autoridad competente en la materia litigiosa (Waline y Rivero, ob. cit. p. 210. Según lo señala Dominique Turpin la regla de la decisión previa "sirve para ligar el contencioso, en virtud del adagio: si no hay decisión, no hay acción", ob. cit. p. 97).
- 15 En Italia hasta el año 1971 era obligatorio el agotamiento de los remedios administrativos. Con la reforma producida mediante el dictado de la ley 1034 del 6 de diciembre de dicho año (art.20), de creación de los Tribunales Regionales Administrativos, se suprimió tal exigencia al establecerse el carácter facultativo del recurso jerárquico (Cassarino, Sebastiano, *Los recursos administrativos en el Derecho italiano*, D.A. n.º 221, p.43). La ley antes citada, creadora de los Tribunales Administrativos Regionales, al establecer que el recurso judicial también se puede presentar directamente contra actos no definitivos, produjo una reforma radical en lo que se refiere a las relaciones entre este recurso y los recursos administrativos ordinarios (art.20) (conf. Virga, Pietro, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1987, t. II, p. 195; Mazarroli, L.- Pericu, G.- Romano A.- Roversi Monaco, F.A. y Scoca, F.G., *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, 1993, t.II, p.1495; Giandomenico, Falcon, *La justicia administrativa* en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado*, dirigida por Javier Barnes Vázquez", Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Civitas, Madrid, 1993, p.225; Cassarino, ob. cit. ps. 43/44; Mairal, ob. cit. t. I, ps.314/315 y Sarmiento Acosta, ob. cit., p.390) A partir de entonces, es facultativa la deducción del recurso jerárquico, pues son impugnables judicialmente en forma directa los actos no definitivos.
- 16 En Méjico los arts. 83 de la ley de Ley Federal de Procedimientos Administrativos, 29 de la Ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal y 208 de la Ley de Procedimientos Administrativos del Distrito Federal determinan el carácter potestativo de los recursos administrativos.
- 17 El Tribunal Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional este requisito para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa (Voto No. 3669-2006 de las 15 hrs. de 15 de marzo de 2006)
- 18 En Alemania la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 21 de enero de 1960 establece, como principio, que antes de deducirse ante los tribunales administrativos las pretensiones impugnatoria y la obligacional o de imposición a que se dicte un acto administrativo, deberá transitarse una vía previa recursiva ante la autoridad administrativa, salvo cuando el acto que se cuestiona en sede judicial fue dictado por la autoridad jerárquicamente superior (art. 68, inc. 2 de la ley citada; Sommermann, Karl-Peter, *La justicia administrativa alemana*, publicado en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado*, coordinada por Javier Barnes Vázquez, Civitas, Madrid, 1993, ps. 75/78 y 83; Sarmiento Acosta, Manuel J., "Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa", Civitas, Madrid, 1996, p.379 y González-Varas Ibáñez, *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Civitas, Madrid, 1993, ps.194, 240 y 376 y ss.). Explica este último autor que "la doctrina alemana valora positivamente la vía administrativa cuando estos tres efectos que la justifican: -La mayor protección de los derechos de los particulares, desde el punto de vista de la ampliación de las posibilidades de estos por la extensión, con la vía administrativa, al enjuiciamiento a la oportunidad del acto administrativo, ya que los Tribunales extienden su enjuiciamiento no más allá de la legalidad del acto administrativo. -El autocontrol administrativo, al permitirse a la Administración que corrija el acto. -La descarga del trabajo de los Tribunales, llamado por Ule "efecto-filtro" (...) Por contrapartida, cuando el sentido de la vía administrativa, cuando aquellos tres fines no se presenten, ésta se obvia..." (ps.377/378). No rige el principio del agotamiento de la vía cuando se interponen las pretensiones declarativa o prestacional general (González-Varas Ibáñez, ob. cit. p. 378). En tal sentido escriben Martin Bullinger y Mariano Bacigalupo: "Con arreglo al §. 68 VwGO, el procedimiento de contradicción -denominación genérica de la vía administrativa de recurso- sólo está configurado con carácter obligatorio para poder acceder a la garantía judicial, si la acción contencioso-administrativa interpuesta está dirigida a impugnar un acto administrativo (*Anfechtungsklage*, § 42, apdo. 1 VwGO) o a obligar a la autoridad a dictar tal acto (*Verpflichtungsklage*, § 42, apdo. 1 VwGO). Sin embargo, conforme a la Ley marco del Estatuto jurídico de los funcionarios públicos, también se debe agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición de todos los recursos contencioso-administrativos entablados por funcionarios públicos con apoyo en su *status funcional* (*Klagen aus dem Beamtenverhältnis*), independientemente de que la acción contencioso administrativa interpuesta sea una de las previstas en el señalado §. 68 VwGO" (Ob. cit., p.19).
- 19 En España el art. 37, inciso 1 de la Ley 27 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece: "El recurso contencioso administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa" de conformidad con lo previsto en la legislación sobre procedimiento administrativo. Según el art. 109 de la ley 30/1992, De Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.: "Ponen fin a la vía administrativa: a) Las resoluciones de los recursos ordinarios. b) Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2 (esto es, de aquellos procedimientos de impugnación o reclamación que establezcan las leyes en sustitución del recurso ordinario). c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario. c) Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca". Cabe destacar que el presupuesto procesal del agotamiento de la vía administrativa se mantiene incólume en ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (art. 25, inc. 1).
- 20 En el derecho norteamericano si bien la doctrina discute si el agotamiento de los remedios administrativos (*exhaustion of administrative remedies*) constituye un principio o regla general, lo cierto es que, primero por vía jurisprudencial ("Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corporation" (opinión del juez Brandeis) 303 U.S. 41, 58 S.Ct. 459, 82 L.Ed 638 (1938); ver: Aman, (Jr.), Alfred. C. y Mayton, William T., "Administrative Law", West Group, St. Paul, Minn, 1998, p.405/406 y Bianchi, Alberto B., "Tiene fundamentos constitucionales

Perú²¹, Colombia²², Uruguay²³, Costa Rica²⁴, Argentina (tanto a nivel federal²⁵ como local²⁶), y Nicaragua²⁷.

La ley Organización, competencia y recursos administrativos (350) establece es su artículo 45: “El Recurso de Apelación se resolverá en un término de treinta días, a partir de su interposición, agotándose así la vía administrativa y legitimará al agraviado a hacer uso del Recurso de Amparo, mientras no esté en vigencia la Ley de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo²⁸.”

el agotamiento de la instancia administrativa”, LL, 1995-A, p. 419 y ss. Explica Bernard Schwartz que aparentemente el primer caso en que la Suprema Corte requirió el cumplimiento del agotamiento de los remedios administrativos fue en 1903 en “Cosmos Exploration Co. v. Gray Eagle Oil Co.”, 190 U.S. 301, (Administrative Law, 3ª ed., Little, Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p.543, nota 13) y luego mediante su consagración legislativa la necesidad de transitar la vía previa administrativa constituye un recaudo que es preciso cumplimentar para abrir las puertas de los tribunales, aunque son numerosas las excepciones (Schwartz, ob. cit. p. 544 y ss.) -similares como dice Tawil en número a las admitidas en nuestro país respecto del reclamo previo Tawil, Guido S., Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa”, edición del autor, Bs. As., 1993, t.II, p. 110. Así, la Administrative Procedure Act. en la Secc. 704 dispone: “Actos judicialmente revisables. Las decisiones de las agencias administrativas que, conforme a la ley, sean judicialmente revisables, y las decisiones finales de dichas agencias respecto de las cuales no exista otro remedio adecuado en un tribunal está sujetas a revisión judicial. Las decisiones administrativas de carácter preliminar, de procedimiento o interlocutorias, que no sean directamente revisables judicialmente, lo serán luego de haber sido revisadas por una decisión final de la agencia administrativa. Salvo que la ley lo disponga expresamente de otra forma, una decisión de una agencia administrativa normalmente considerada final será considerada tal, a los efectos de esta sección en cualquier caso que se haya presentado o fuera o se haya ordenado presentar contra ella recurso de reconsideración, a menos que se establezca que el acto administrativo está suspendido en sus efectos, pendiente una apelación ante la autoridad superior de la agencia”.

- 21 En Perú el requisito en cuestión tiene sustento constitucional pues en el art. 148 se dispone: “*las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa*”. Dicha exigencia está reglamentada en el art. 8 del Texto Único Ordenado de la ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Decreto Supremo nº 02-94-JUS, del 31/01/94); modificado por la ley 26.810, y en el art. 541, incisos 1 y 2 del Código Procesal Civil (ver: Danós Ordoñez, Jorge, *Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones que “causan estado*, Academia de la Magistratura, nº 1, Lima, 1998, p. 207 y ss. y Bacacorso, Gustavo, *El procedimiento administrativo en el Perú*, publicado en la obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff “Derecho Administrativo”, dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, ps. 577/578.
 - 22 Código Contencioso Administrativo de Colombia en su art. 135 (texto modificado por el decreto- ley 2304 de 1989; ver Perdomo, Jaime Vidal, “Derecho Administrativo”, 10ª ed. actual., Temis, Bogotá, 1994, p.291).
 - 23 En Uruguay la exigencia del agotamiento de la vía administrativa tiene raigambre constitucional. El art. 319 de la Constitución uruguaya establece que la acción de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo no puede ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa mediante los recursos correspondientes, los cuales están reglados en la ley 15.524, modificada por la ley 15.869, Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 4 de la ley 15.869)
 - 24 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica (arts. 18 y 31 y art. 126 de la Ley General de la Administración Pública).
 - 25 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica (arts. 18 y 31 y art. 126 de la Ley General de la Administración Pública).
 - 26 Catamarca: art. 5 Cód. Cont. Adm. (Ley 2403 B.O. 6/8/71); Córdoba: art. 6 Cód. de Proc. Contencioso administrativo (Ley 7182 B.O. 27/11/84); Corrientes: art. 10 Cód. Cont. Adm. (Ley 4106 B.O. 11/3/87); Chaco: art. 9 Cód. Cont. Adm. (Ley 848 B.O. 7/9/67); Entre Ríos: art. 4 Cód. Procesal Adm. (Ley 7061 B.O. 2/11/83); Formosa: art. 4 Cód. Procesal Adm. (t.o. 1978. B.O. 20/1/78); Jujuy: art. 5 Cód. Cont. Adm. (Ley 1883 B.O. 4/9/48); La Pampa: art. 9 Cód. Proc. Cont. Adm. (Ley 952 B.O. 23/11/79); Mendoza: art. 5 Cód. Proc. Adm. (Ley 3918 B.O. 14/8/73); Misiones: art. 8 Cód. Proc. Cont. Adm. (Ley 3064 B.O. 2/12/93); Neuquén: art. 6 Cód. Proc. Adm. (Ley 1305 B.O. 7/8/81); Río Negro: art. 98 Normas de Procedimiento Administrativo (Ley 819 B.O. 13/10/80) y art. 1 Ley 525 sobre Jurisdicción Contencioso Administrativa; Salta: art. 26 inc. 1 Cód. de Proced. en lo Cont.-Adm. (Ley 793); San Juan: art. 25 Ley de Proced. Adm. (Ley 3784 B.O. 6/6/73); Santa Cruz: arts. 23 y 30 Ley de Proced. Adm. (Ley 1260 B.O. 24/4/79); Santa Fe: art. 7 Recurso Cont. Adm. (Ley 11.330 B.O. 29/1/96); Santiago del Estero: arts. 1 y 4 Ley de lo Cont. Adm. (Ley 2297 B.O. 26/9/51); Tierra del Fuego: arts. 7 y 8 Cód. Cont. Adm. (Ley 133 B.O. 18/4/94); Tucumán: art. 12 Cód. Proc. Adm. (Ley 6205 B.O. 23/8/91); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 3, inc. 1 a 3 del Cód. Cont. Adm. y Trib. Cabe destacar que en La Rioja si bien el art. 4 del Cód. Proc. Cont. Adm. exige para la promoción de la pretensión procesal administrativa la existencia de un acto administrativo denegatorio, no es necesario haber agotado previamente los medios de impugnación establecidos en las normas de procedimiento administrativo, cuya utilización es de carácter optativo para el interesado (art. 4 de la ley 4243, Cód. Proc. Adm.).
 - 27 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Nicaragua en su artículo 50 inciso, 4 señala de los requisitos de la demanda dice: “Señalamiento de haberse agotado la vía administrativa”.
 - 28 Juan Bautista Arrien, en estudio: El procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso – administrativo en Nicaragua”, comenta: “me gustaría presentar propuestas para descentralizar la vía administrativa y brindar mayor independencia administrativa a los ciudadanos. a) La primera es la teoría denominada en el Derecho Alemán como la doble vía, que ya había sido explicada por el Dr. Cairo Manuel López, sosteniendo la necesidad de brindar la potestad al administrado de escoger ante qué vía recurrir, es decir, o utilizar los recursos administrativos o recurrir al contencioso – administrativo de una vez”. Más adelante, en su artículo, presenta diferentes puntos de vista sobre el agotamiento de la vía administrativa: La validez de esta teoría se sigue discutiendo, grandes juristas están a favor de ella como el Dr. Jesús González Pérez, quien sostiene que la vía administrativa en España aun con toda la regulación que posee representar un privilegio para la Administración Pública y una carga para el administrado. Considera que el recurrir a la vía administrativa debería de ser una facultad potestativa para el administrado, permitiendo la descongestión de la Administración Pública.
Por otro lado, otro Catedrático de gran prestigio como el Dr. Ramón Parada sostiene la idea de mantener la vigencia de la vía administrativa, pero proponen implementar ciertas reformas en cuanto a la ampliación de los términos para que los administradores puedan interponer sus recursos con más tiempo sin que precluya o prescriba su derecho material, pero sobre todo que los plazos de caducidad de la acción contencioso – administrativa sea superior a los plazos de interposición. Esta recomendación está planteada en nuestra Ley No. 350, ya que su art. 129 sostiene que la acción contencioso – administrativa prescribe a los cinco años, contados a partir del agotamiento de la vía administrativa, mientras que los plazos de agotamiento de la vía administrativa, mientras que los plazos de interposición del recurso en sus varias facetas (ante resoluciones expresas, vías de hecho, entre otras) no excede de 60 días según el art. 47 y 48 de la misma ley.
- a) Otra teoría es la creación de un Tribunal Administrativo en Nicaragua, separado totalmente de la Administración Pública, cuyos

En ley de Amparo, en su artículo 27, en los Requisitos del escrito de interposición del recurso en su inciso 6), se señala "El haber agotado los recursos ordinarios establecidos por la ley, o no haberse dictado resolución en la última instancia dentro del término que la ley respectiva señala".

Igualmente, en la ley de la Jurisdicción contenciosa administrativa, señala en el artículo 46.- Agotamiento de la Vía Administrativa: "Para ejercer la acción contencioso-administrativa será requisito indispensable haber agotado previamente la vía administrativa en la forma establecida por la ley.

Esta vía se tendrá por agotada cuando se diere cualquiera de las condiciones siguientes:

1. Cuando se hubiere hecho uso en tiempo y forma de los recursos administrativos señalados por la ley de la materia y se hubiere notificado una resolución expresa.
2. Cuando en un procedimiento administrativo no se dictare la resolución final correspondiente dentro del plazo de treinta días, se produce el Silencio Administrativo, se tendrá por aceptada la solicitud del recurrente.
3. Cuando así lo disponga expresamente la ley".

El requisito del agotamiento de la vía administrativa, calificado por García de Enterría como "una reduplicación del privilegio de la decisión previa"²⁹, con razón viene siendo duramente controvertido por la doctrina ya que, debido a su muchas veces inadecuada regulación y en otras a su irrazonable aplicación, convierte -en un número muy significativo de casos- el tránsito previo por la vía administrativa en una trampa o carrera de obstáculos para el litigante y demora injustificadamente el acceso a la jurisdicción.

De ahí que ante los abusos en que se ha incurrido en su reglamentación y aplicación las opiniones doctrinarias mayoritarias postulan, cuando no su eliminación, su templanza mediante una reforma sustancial al régimen recursivo propugnando el carácter facultativo de los recursos administrativos³⁰.

Tales criterios son la respuesta a la desmesurada expansión que ha tenido este recaudo de admisibilidad, lo cual llevó a que se lo exija en supuestos en los que se presenta claramente como un ritualismo inútil, dilatorio u obstructivo del juzgamiento judicial, como así también a las dificultades que derivan, muchas veces, de su compleja configuración, olvidando la función de garantía para el administrado que debe cumplir el procedimiento administrativos.

Al respecto cabe recordar que en un relevante dictamen de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos emitido el 29 de setiembre de 1999 se expresó que el principio de tutela judicial efectiva, protegido por el Pacto de San José de Costa Rica, exige "que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares"³¹.

Vale decir que la incertidumbre o falta de claridad en la configuración de este recaudo constituye una violación al principio de tutela efectiva³².

funcionarios sean administrativistas escogidos por concurso de mérito u oposición. Este supuesto Tribunal con la debida estructura física y la adecuada división de competencias por salas podría ser una respuesta estructural ante la falta de independencia de nuestra vía administrativa.

29 *Hacia una justicia administrativa*, 2ª. ed. ampl. Civitas, Madrid, 1992, ps.66/67.

30 Ver: García de Enterría, *Hacia una justicia administrativa*, antes cit. ps.66/67; González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p.177, nota 26, y en *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, 1992, ps. 46 y ss. y en *La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, separata de Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, n° 75, curso académico 1997-1998, Madrid, 1998, ps. 318/319. Fernández, Tomás R., *Reflexiones sobre la vía administrativa de recurso*, D.A., n° 221, ps. 5 y ss.; Garrido Falla, Fernando y Fernández Pastrana, José M., *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1995, ps. 244/245; Piñar Mañas, José Luis, *La pretendida especialidad de los recursos especiales*, D.A. n° 221, p. 132; Rivero Ysern, José Luis, *Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa*, en la obra colectiva *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, antes cit., ps.201 y ss.; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, t. II, cap. XIII, ps.12/16. Juan Bautista Arrien: "El procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso - administrativo en Nicaragua". Inédito.

31 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, "Palacios, Narciso -Argentina", emitido el 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. Botassi, *Habilitación de instancia y derechos humanos*.

32 Juan Bautista Arrien, en su estudio: "El procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso - administrativo en Nicaragua", dice: "Pronto terminaré una investigación de campo que sobre éste tema he venido realizando durante casi tres meses, la que ha incluido una serie de entrevistas con asesores legales de instituciones como: El Ministerio de Fomento, Industria y Comercio, la Oficina de Defensa del Consumidor de dicho Ministerio, el Ministerio de gobernación, la Dirección General de Ingresos, la Corporación Nacional del Pueblo (CORNAP), la Alcaldía de Managua, la Dirección de Urbanismo de dicha Alcaldía, la Dirección de Bienes Inmuebles de la misma Alcaldía y Catedráticos Universitarios cuya especialidad radica en la materia administrativa.

Pretendo adelantar ciertos comentarios y conclusiones en las que todos los entrevistados coincidieron, adjuntándolas a los comentarios que sobre los recursos administrativos ya he realizado.

- Si bien existe en nuestro país como marco general una ley que regule el procedimiento administrativo (Ley No. 290), se han creado una serie de procedimientos para regular materias específicas, lo cual es una práctica muy normal, el problema es que muchas veces van más allá de la Ley No. 290, al crear otros recursos, con distintos plazos, términos y formalidades.

Por lo demás, la experiencia pone de resalto que a menudo no se verifica el motivo principal que se esgrime tradicionalmente para justificar dicho instituto, como es la de generar una etapa de conciliación previa al juicio y otorgar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores⁶⁹ En efecto, lamentablemente, es común que la Administración rechace los recursos administrativos sin efectuar un estudio serio de la cuestión, desaprovechando la ocasión que ello le confiere para revisar la legitimidad y la oportunidad, cuando el recurso lo permite, de la acción administrativa.

También el agotamiento de la vía también se transforma en irrazonable y lesivo para el derecho de defensa cuando se establecen plazos intrínsecamente irrazonables por su brevedad para deducir un recurso administrativo necesario para dejar expedita la revisión judicial.

4.2.2 *El silencio administrativo negativo y positivo*

Es necesario distinguir, el silencio negativo, del positivo. De acuerdo con García de Entierra, el silencio administrativo negativo, es una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitados, que permite acceder a la siguiente instancia administrativa, o en su caso, al proceso contencioso-administrativo.

Inicialmente, la administración eludía su obligación de resolver, con solo permanecer inactiva; de esta manera, el administrado quedaba indefenso y privado de toda garantía judicial. Por ello, el 17 de julio de 1900, Francia instauro una Ley, en la que pasado un cierto plazo sin que la administración resolviera, se presumía que la pretensión del administrado había sido denegada, permitiéndole así a este último, promover contra dicha denegación los recursos correspondientes³³.

Por tanto, el silencio negativo no era considerado como un verdadero acto administrativo desestimatorio, ya que, al carecer de toda actividad voluntaria de la administración, no era admisible proceso administrativo alguno, destinado a averiguar el sentido de una voluntad inexistente.

En esta figura existían dos problemas, en el caso de España, los plazos de producción del silencio y del acceso a la vía jurisdiccional, y el de las resoluciones tardías. Los plazos de producción del silencio negativo fijados por el artículo 39 LJ 56 y por el artículo 94 LPA eran excesivos (6 meses); si la petición se dirigía a una autoridad cuyos actos no causaban estado en la vía administrativa, a esos seis meses, había que sumársele una espera de tres meses, por la impugnación del acto presunto ante el superior jerárquico, para poder entenderse también por desestimando y dejar abierto el acceso a la vía jurisdiccional.

Lo peor era, que, una vez cumplidos los plazos indicados, quedaba abierto indefinidamente el acceso a la vía jurisdiccional, mientras la administración no dictara la resolución expresa, que según la ley no podía en ningún caso evadir. Sin embargo, el artículo 58 LJ 56, limito en un año el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, contado desde la producción del silencio en el caso de las peticiones; y un año desde la interposición del recurso de reposición, esta última aplicada también al silencio del recurso de alzada, lo que venía a impedir al interesado la interposición del recurso contencioso-administrativo una vez transcurrido ese tiempo. Por lo tanto, si el interesado dejaba pasar más de un año para acudir a los tribunales, este tendría que hacer todo el procedimiento de nuevo, hasta obtener una nueva desestimación presunta por el silencio.

Con respecto a las resoluciones tardías dictadas por la administración con posterioridad a la producción del silencio, la jurisprudencia termino aceptando que los recursos interpuestos contra las resoluciones tardías reabrían el plazo del recurso, resolviendo el problema de esperar la resolución expresa de su petición o recurso.

- La falta de publicación obligatoria y ordenada de esta serie de procedimientos en un medio de publicación administrativa del Estado puede llevar en un momento dado al litigante a una grave confusión por aplicar los recursos de la Ley No. 290, desconociendo que existen recursos específicos. Hay que recordar que en nuestro país no se puede alegar desconocimiento de la ley (Título Preliminar I, # III del Código civil).
- El problema central en nuestro país es la ausencia de una verdadera Ley de Procedimiento Administrativo, que no sólo regule los recursos administrativos como lo hace la Ley No. 290, sino que desarrolle la amplitud de materias que contiene dicho procedimiento³³.

33 Posteriormente, siguiendo el modelo de la Ley francesa, esta figura del silencio negativo fue introducida en España, por los Estatutos Locales de José Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal republicana de 1935 de España, y más tarde, por la ley española del 18 de marzo de 1944.

Su funcionamiento de esta ley era el siguiente: formulada una **petición** ante la administración, y en el término de tres meses no le era notificada la resolución al interesado, este podía denunciar la mora, y, si transcurridos otros tres meses desde la denuncia, no se recibía respuesta alguna, se podía considerar desestimada la petición, deduciendo frente a la supuesta denegación, el recurso administrativo o procesal según fuera el caso o esperando la resolución expresa de la solicitud. En el caso de **recursos administrativos** el interesado que lo hubiere interpuesto, podía hacer lo mismo, pero sin la necesidad en este caso de denunciar la mora. Sin embargo, en ambos casos, la administración no está exenta de dictar una resolución expresa sobre la petición o recurso formulados.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de España, introduce una nueva regulación del silencio administrativo, ampliando significativamente la extensión del silencio positivo al fijar unos supuestos de directa aplicación -si bien permitiendo establecer, por vía reglamentaria, excepciones a la regla general de silencio positivo- al mismo tiempo que reforzando la obligación de resolver respecto a la regulación anterior al extenderla a los procedimientos iniciados de oficio. La LRJPAC introduce como novedad la denominada certificación de acto presunto que no sólo sirve para acreditar la producción del silencio, sino que además constituye un requisito para su eficacia, por lo que se ha llegado a señalar que vendría a sustituir la denuncia de la mora prevista por la legislación anterior.

La certificación del acto presunto devino en un fracaso, ya que los ciudadanos nunca obtenían, este documento, y no podían, constar con esta legitimación.

La reforma de la ley 30/1992, elimino el juego de palabras utilizado por la Ley 30/1992 -“efectos de la falta de resolución expresa en plazo”-.

Con la reforma, el silencio opera automáticamente, dependiendo únicamente del trascurso del tiempo de la inactividad de la Administración, sin imponer cargos al particular. En consecuencia, se suprime la certificación de acto presunto cuya virtualidad como requisito de eficacia de los actos administrativos había sido cuestionada ya por los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo. Así el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de octubre de 1996 ha declarado que “la falta de petición específica de la certificación de acto presunto, cuando la Administración ha conocido que no había resuelto una determinada reclamación ante ella presentada, carece de entidad suficiente para determinar el cierre del proceso mediante la aceptación de la causa de inadmisibilidad” (consistente esta última en la falta de eficacia del acto impugnado por no haberse expedido la oportuna certificación).

Se convierte la certificación por mor de esta jurisprudencia, en un requisito preprocesal, puramente formal, cuya ausencia carece de virtualidad para declarar la inadmisibilidad del recurso por ausencia de eficacia del acto presunto correspondiente. El proyecto, de ese momento pretendió sancionar definitivamente esta doctrina jurisprudencial, de forma que los efectos de la inactividad de la Administración se producen por el mero transcurso del plazo sin que se haya resuelto y notificado al solicitante la resolución expresa, dejando abierta la posibilidad de acreditar su existencia por cualquier medio de prueba admitido en derecho. Esta modificación se conectó con la regulación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el cual, al introducir el nuevo recurso por inactividad (artículo 29) y en la regulación del plazo de interposición de los recursos omite toda referencia a la exigencia de certificación.

Por otra parte, el proyecto recupero la clásica naturaleza de cada tipo de silencio administrativo. El silencio positivo equivale a una verdadero acto de modo que, una vez producido, sólo cabe dictar una resolución confirmatoria del acto, en tanto que el silencio negativo se configura como una ficción legal, cuyos únicos efectos de contraen a permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. Por ello, para este segundo supuesto, subsiste la obligación de resolver por parte de la Administración, que deberá hacerlo sin vinculación alguna al efecto desestimatorio del silencio. Si la Administración resuelve después de producido el silencio negativo dando la razón la particular, evitará la provocación de un pleito o pondrá fin al ya comenzado, ya que el particular habrá obtenido la satisfacción extraprocésal de su pretensión.

García de Enterría advierte, por otra parte, sobre el carácter amplio de la previsión de este artículo, que choca con la eufórica proclamación hecha en la exposición de motivos de la Ley en favor del silencio positivo. El resultado es que por vía reglamentaria se ha desvirtuado la regla general. En 1992, con la Ley de procedimiento Administrativo de 1958, un 90,1% de los procedimientos tenían efectos desestimatorios en 1996, y con la Ley 30/1992, que estableció la regla general del silencio positivo, a través de las normas reglamentarias se logró que un 77,5% de los procedimientos mantengan el silencio negativo, mientras que sólo el 22,5% de los procedimientos siguen la “regla general” del silencio positivo.

Se establece, por tanto, la regla general del sentido estimatorio de las solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley establezca lo contrario, eliminando las menciones a las licencias y autorizaciones de los apartados a) y b) del artículo 43.2. El apartado b) relativo a las “solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes” había sido especialmente criticado por diversos autores (García de Enterría, González Pérez y González Navarro, Parejo o García Trevijano) dadas las dificultades en su interpretación.

La generalización del silencio administrativo; se trató de una apuesta plenamente consciente con el objetivo

de conseguir una Administración más tecnificada, moderna eficaz y receptiva que sabe dar respuestas a las demandas de los ciudadanos.

El silencio administrativo, en España, se consolida como una técnica o mecanismo de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, y por ello, unido al carácter revisor de esta jurisdicción.

Otra de las novedades del proyecto de reforma de la Ley fue la regulación de la suspensión del plazo para resolver. En este sentido, la Ley, acogiendo el moderno derecho comunitario, establece unas causas tasadas de suspensión que permitan a la Administración resolver en plazo cuando se dan circunstancias particulares: requerimiento a los interesados para subsanar deficiencias, pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, intervención preceptiva y determinante, vía informe de otras Administraciones Públicas, pruebas técnicas, o iniciación de negociaciones para terminar convencionalmente el procedimiento. Se trata, en definitiva, de regular el tiempo en el procedimiento acorde con las circunstancias del mismo, de forma que no se produzca el transcurso del plazo para resolver por circunstancias ajenas al órgano competente para resolver el procedimiento.

En el Código de Procedimiento Administrativo Portugués de 1991, interpreta con carácter general de modo negativo (desestimación tácita) la ausencia de resolución dentro del plazo establecido, que a falta de disposición expresa se fija en noventa días con carácter supletorio. Esta desestimación, como es natural, no puede tener otro sentido que el de abrir las correspondientes vías impugnatorias confiriendo al interesado la facultad de acceder al correspondiente recurso. Lo único que hace falta es que la norma -y así lo hace-, a partir de un determinado momento, otorgue el debido efecto a esta situación real permitiendo el acceso a las vías impugnatorias. Es, pues, idéntica técnica del silencio administrativo negativo, con una formulación más clara y despojada de trámites como la denuncia de la mora y la petición de certificación de acto presunto, y, por consiguiente, menos gravosa para los interesados.

La estimación tácita se limita a supuestos específicos relacionados con los actos administrativos necesitados de aprobación y a la actividad de control del ejercicio de los derechos de los particulares a través de autorizaciones.

En Italia no existe una regulación general del procedimiento administrativo al modo de otros países europeos y americanos; no obstante, puede decirse que, en general, el ordenamiento italiano considera la estimación por silencio como una situación claramente excepcional relativa a supuestos de fiscalización de la actividad privada a través de técnicas de autorización, licencia o habilitación. La regulación se completa con la posibilidad de que la Administración pueda anular el acto de conformidad ilegítimamente producido, salvo subsanación de los vicios por el particular con la imposición a los solicitantes de la obligación de declarar que se cumplen los supuestos y requisitos exigidos por la Ley.

En Francia, la pasividad de la Administración se equipara a una negación a los efectos de permitir el acceso al recurso; acceso que queda abierto indefinidamente; en coherencia con esta construcción el silencio positivo es meramente marginal, sólo posible en determinados supuestos no previstos expresamente por la norma.

En el Derecho alemán la inactividad de la Administración, así como la negativa a dictar el acto que se le solicita, recibe directamente un tratamiento de carácter judicial a través de la demanda de imposición o de condena a dictar un acto. En el primero de los casos mencionados, cuando un particular se dirija a la Administración y no obtenga respuesta en un plazo razonable, al menos tres meses, siempre que no concorra ninguna circunstancia especial que justifique uno más breve, se podrá acudir al Tribunal contencioso ejercitando esta acción. La demanda ha de basarse en que la omisión, además de ser ilegal, lesiona los derechos del actor. La sentencia estimatoria se resuelve en la condena a la Administración para que dicte el acto que fue solicitado.

En Chile, siguiendo a la ley 30/ 92, antes de la reforma, establece el silencio positivo y también el certificado, que ya con anterioridad quedo constatado que no funcionaba en España.

En otros países, de América Latina, también, introdujo, el silencio negativo y positivo³⁴.

34 **El Silencio en la Ley N° 27444** de Procedimiento Administrativo General de Perú y Ley N° 29060 de Silencio Administrativo.

En la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General de Perú, los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones de esta ley, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo, regulados estos últimos, en los artículos 33 y 34 de la presente ley y derogados por la Ley 29060, del Silencio Administrativo. Cada entidad señala estos procedimientos en un Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento (artículo 30 de la Ley N° 27444).

En el proyecto de Ley General del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de Nicaragua, el silencio administrativo negativo se encuentra estipulado en su artículo 33 y es utilizado excepcionalmente, es decir, vencido el plazo máximo sin que la administración notifique una resolución expresa de las solicitudes planteadas por el o los interesados, u otras solicitudes derivada del procedimiento, se entenderá silencio positivo, como regla general, y negativo excepcionalmente. Si el silencio es negativo, el interesado podrá interponer el recurso administrativo, amparo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

Estos actos administrativos producidos por el silencio administrativo tendrán valor tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, y producirán efectos desde el vencimiento del plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa, aunque esta no se haya producido. Dicho plazo será establecido por el procedimiento administrativo de la institución a la que el interesado presente la solicitud, y a falta de este, si en la norma reguladora no se estipula un plazo específico, el silencio se producirá por el transcurso de cuatro meses.

En el mismo artículo se encuentra la figura del certificado acreditativo del silencio producido, que sirve para acreditar la existencia de un acto administrativo producido por silencio administrativo y podrá ser solicitado por el interesado al órgano competente para resolver. Una vez solicitado, este tendrá un plazo máximo de quince días para emitirlo.

En nuestro país, el sentido negativo del silencio de la administración, se lo otorga la norma reguladora del procedimiento de que se trate en cada caso.

4.2.3 Plazo para promover el pleito

Otro requisito procesal para demandar judicialmente a la Administración consiste en la necesidad de interponer la demanda judicial dentro de un plazo, cuya duración -si bien varía en cada legislación- es normalmente breve³⁵.

Es decir, que la solicitud presentada por el administrado será considerada aprobada ante la entidad competente para conocerla, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos y entregue la documentación completa exigida por el TUPA de la institución. Sin embargo, posteriormente, esta entidad queda obligada a verificar la autenticidad de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones presentadas por el administrado; bajo apercibimiento de que en caso de comprobar fraude o falsedad por el administrado, la entidad procederá a comunicar el hecho a la autoridad jerárquica superior, si lo hubiere, para que se declare la nulidad del acto administrativo, se imponga una multa al administrado a favor de la entidad entre dos y cinco unidades impositivas tributarias vigentes a la fecha de pago; y, además, si la conducta se adecua a los supuestos previstos en el título XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, ésta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente. Con la aprobación de la Ley 29060, del silencio administrativo, se prioriza el silencio administrativo positivo, en tal sentido, el silencio administrativo negativo por mandato de la Ley se vuelve excepcional, pero no se lo elimina. Y también señala, que en materia tributaria y aduanera, el Silencio Administrativo, se rige por sus propias leyes y normas especiales.

Su finalidad es la misma que la de la mayoría de las legislaciones que regulan este ámbito, la de limitar al poder público y sus agentes; imponiendo que frente a la inactividad de la administración, la petición del administrado, se da por aceptada, dentro de los límites de su solicitud y también crea la figura de la declaración jurada, para reafirmar la declaración ficta, de su solicitud y hacerla valer no sólo ante la misma administración, sino también ante otros entes públicos administrativos.

El Art. 3 de la Ley N° 29060, señala, que la declaración jurada, reemplaza al documento, previsto en el Art. 31, párrafo 31.2, de la Ley 27444, que se refiere, al documento que requiere el administrado para ejercer sus derechos, en los procedimientos de aprobación automática.

Los supuestos normativos, del Silencio Administrativo Negativo, están contenidos, en la Primera Disposición Transitorias Complementarias y Finales, de la Ley N° 29060; esta ficción legal, de carácter procedimental, permite al administrado, acceder a la siguiente instancia administrativa, o en su caso al Proceso Contencioso Administrativo.

El Silencio en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México.

En México, de manera general a nivel federal, a la falta de actividad de la autoridad administrativa, se le reconoce por ley la consecuencia negativa, en términos de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, pero también encontramos algunos casos en los cuales la falta de respuesta tendrá una consecuencia positiva en beneficio del particular, la cual se establece en la ley o disposición correspondiente.

En el sistema jurídico mexicano, el silencio administrativo, trae como consecuencia que se restablezca la figura de Resolución negativa ficta, es decir, que en caso de que la administración pública omita dar respuesta expresa a una solicitud o recurso legal, esta se entenderá como contestada en sentido negativo y dejara al interesado despejada la vía para impugnar dicha resolución negativa en un Procedimiento Contencioso Administrativo; esto tiene sus excepciones, y tal es en el caso, de que si ley específica que regula la materia del acto sobre el que recae la solicitud o recurso establece específicamente la figura de Resolución afirmativa ficta, en cuyo caso, ante el silencio de la autoridad la solicitud o recurso se entenderá como resuelto a favor del solicitante o recurrente.

Es decir, que ante la inactividad de la administración pública, esta se entenderá siempre como una resolución negativa o silencio administrativo negativo; sin embargo, si la ley que regula la materia en la que recae la solicitud del administrado, establece que la resolución sea afirmativa, se entenderá

35 Pablo Esteban Perrino, en su artículo "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", señala: "En Alemania la Ley de la Jurisdicción contencioso Administrativa (art. 74.I y II) establece un plazo de un mes para deducir las pretensiones de anulación y de prestación obligacional. No están sujetas a plazos las pretensiones declarativas y contra la inactividad (silencio negativo).

Por su parte, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, ley 29/1998, de 13 de julio, establece en el art. 46, inc. 1 un plazo de caducidad de dos meses para deducir el recurso contencioso administrativo contra reglamentos y actos administrativos expresos que pongan fin a la vía administrativa, y del recurso de lesividad.

El efecto que deriva de la promoción extemporánea de un pleito, por haber sido iniciado tardíamente, es la pérdida del derecho material en juego pues se entiende que en tal caso el acto impugnado ha devenido firme y, por ende, inatacable.

Las razones que se invocan para justificar este recaudo procesal son la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a la actividad administrativa⁸⁶ y evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración⁸⁷, como así también la eficacia administrativa, ya que la Administración debe conocer el período dentro del cual sus actos pueden ser atacados y las consecuencias que de ello pudieran derivarse³⁶.

Salvo algunas excepciones la generalidad de la doctrina considera que se trata de plazos de caducidad y no de prescripción- porque son términos perentorios, de efectos automáticos y fatales y cuyo curso no es susceptible de suspensión o interrupción. Este criterio no es compartido por Hutchinson, quien entiende que no resulta fácil distinguir entre la caducidad y prescripción porque ambos institutos responden conceptualmente al mismo supuesto de hecho: la inactividad en el ejercicio del derecho o de la potestad jurídica durante un tiempo determinado, lo cual conduce a la misma consecuencia jurídica: la extinción del derecho prefiere considerarlos plazos de prescripción. En definitiva, concluye este autor lo que importa, más allá de la denominación que se le quiera otorgar a dichos plazos, son las características que las normas les asignen.

La imposición de un plazo de caducidad para requerir la revisión judicial del obrar administrativo ha generado relevantes problemas que aún no han encontrado una respuesta satisfactoria en nuestro derecho como tampoco -algunos de ellas- en las legislaciones comparadas.

El primero de ellos reside en su aplicación frente a los plazos de prescripción. En este sentido, al estar una misma situación jurídica sometida a dos plazos distintos, uno más breve de caducidad y otro de prescripción, es viable que a pesar de no estar prescrita la acción no es susceptible aquella de ser incoada si no se promovió el pleito dentro del plazo de caducidad. En definitiva, los plazos de caducidad se sobreponen a los de prescripción reemplazándolos³⁷.

Los hechos demuestran claramente que el campo de acción de los plazos previstos en los ordenamientos procesales administrativos se superponen a los de prescripción y los tornan ilusorios. Ello es así, porque en los casos en que ambos institutos son aplicables, en definitiva, el único término que cobra relevancia, por ser el más exiguo y por los efectos que derivan de su incumplimiento, es el de caducidad. Es que, si no se ha promovido el pleito dentro de los plazos procesales, con posterioridad no será viable requerir la revisión judicial no obstante que la acción no haya prescrito. Téngase presente al respecto que si bien sería posible en tal supuesto presentar una denuncia de ilegitimidad⁹⁴ el rechazo de aquella no deja abierta la vía judicial.

Por lo expuesto, consideramos necesario efectuar un profundo replanteo de la cuestión pues entendemos que no es razonable que una misma situación jurídica esté sujeta a dos plazos disímiles.

El término se amplía a seis meses para los recursos que se dirijan contra los llamados actos presuntos (silencio). Para impugnar vías de hecho el plazo es de diez días, si se ha efectuado una reclamación en sede administrativa pidiendo su cese, y veinte días cuando no se ha realizado dicho requerimiento a contar desde el momento en que se verificó la actuación en vía de hecho (art.46, inc.3).

En Italia, como consecuencia de su singular sistema de control judicial de la Administración, corresponde a los tribunales judiciales intervenir en los pleitos en los que estén lesionados derechos subjetivos y a los tribunales administrativos en los litigios incoados en defensa de intereses legítimos. En el primer supuesto no es aplicable plazo de caducidad alguno, sino de prescripción. En cambio, en el segundo caso rige el plazo general de caducidad de sesenta días.

En el sistema británico, rige un plazo general de tres meses para el acceso a la justicia, salvo que la Corte considere que existe una buena razón para extender dicho término¹⁰³. Sin embargo, la Supreme Court Act de 1981 estableció en la *subseccion 6* que la Corte puede considerar en que supuestos se produce una tardanza injustificada en la presentación de la demanda judicial, examinando en cada caso la afectación de derechos de terceros y el perjuicio que ello ocasionaría a la buena administración, pudiendo rechazar la presentación. Ello sin perjuicio de las reglas de la Corte que establecen plazos a ese efecto (*subseccion 7*).

En los Estados Unidos, si bien no existe a nivel federal un plazo general para demandar al Estado (*statutes of limitations*) las normas que establecen el régimen de revisión judicial comúnmente establecen plazos dentro de los cuales se debe presentar la acción pertinente, cuya extensión varía según los casos. Explica Schwartz que estos plazos deben ser rigurosamente observados y que las acciones que se promuevan dentro del término fijado serán rechazadas, sin que importe cuan importante sea el caso¹⁰⁵. Seguidamente el mencionado jurista señala que la Ley Federal de Comercio y otras normas similares prevén un plazo de sesenta días para presentar la petición de revisión, la legislación general de Nueva York el término de cuatro meses y la ley de control de Precios de 1942 treinta días¹⁰⁶.

También en nuestro país, tanto a nivel federal como provincial (se refiere a Argentina), se prevén plazos para promover los pleitos contencioso administrativos.

Como puede advertirse, si bien con matizaciones, la existencia de plazos para enjuiciar al Estado es común a la generalidad de las legislaciones comparadas". Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo -I, pp. 257/294

36 Bárcenas Vázquez, *La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art.19.IV)* en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado*, antes cit.p. 188.

37 Ver al respecto el ya clásico trabajo de Santamaría Pastor, Juan A., *El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?.* Rev. de Adm. Púb. n° 58, p.185 y ss.

El otro grave problema que suscitan los plazos de caducidad es su aplicación frente a los supuestos en que se alega la existencia de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta dado el carácter imprescriptible de la acción en tal supuesto⁹⁶. En rigor, se trata de una dificultad que deriva de la situación antes indicada de duplicación de plazos (de caducidad y de prescripción) que impera en el derecho administrativo.