

también de las normas superiores. También excede de los fines de este curso el problema de saber de dónde saca su validez la norma superior del orden jurídico<sup>5</sup>.

b. MEDIOS PARA ASEGURAR LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS. — Por principio, una norma jurídica de jerarquía inferior no puede derogar a una superior. Si hay dos contradictorias, la inferior debe desaparecer. En el derecho existen medios para asegurar esta jerarquía y provocar la no aplicación de la norma inferior.

— Cuando una ley o decreto de la Junta Departamental van

lato de ejecución de leyes de una sola actividad opuesta a la legislación que es creación verdadera<sup>6</sup>.

La teoría clásica, compartida por varios autores modernos, sostiene que la distinta jerarquía no emana de la naturaleza de las propias normas, sino de los órganos que las crean. Por un principio de organización política —basado en el ordenamiento social— existen diversos órganos, unos superiores a otros; las normas tendrán que seguir las jerarquías de esos órganos. La norma constitucional será superior porque emana del Poder Constituyente, que es el órgano primario de toda organización política de la sociedad. (Ver, más ampliamente, R. CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*.)

6 No consideramos que corresponda a este curso este problema sino a la filosofía del derecho. Por ello lo tratamos en el texto, no porque pensemos, como KELSEN, que está fuera del derecho, pues, por el contrario, creemos, como LEGAZ Y LACAMBRA que, aunque estuviera más allá del derecho, no dejaría de interesarle, porque "es como el horizonte del paisaje jurídico" y "éste se borra, quedando reducido a un primer plano de una sola dimensión —sin ámbito vital, ni sensación de realidad— si lo separamos del horizonte en el que encuentra empujamiento, ambiente y sentido" (*Introducción a la ciencia del derecho*, pag. 348).

A pesar de todo, queremos dejar sentado que, en nuestra opinión, el derecho saca su validez del hecho social (este punto es aceptado hasta por KELSEN en sus últimas posiciones), pues la norma para encontrar su fundamento debe vincularse a la realidad humana que le da sentido y para quien se hace. El derecho nace de los hechos sociales, que se imponen a la voluntad del hombre, pero que también son dirigidos por ella. No creemos en la oposición absoluta entre el mundo del ser y el del deber ser, sino, por el contrario, en que en última instancia las normas se basan en el hecho (normatividad de lo fáctico), pero no en el hecho frío o inmutable, sino en el hecho social y humano. (Ver RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, págs. 102 y sigts.)

No admitimos, pues, la posición de la escuela de Viena de que el orden normativo no tiene ningún contacto con la esfera del ser, por lo cual, la primera Constitución extrae su valor de la norma hipotética fundamental.

Con la aplicación de estos principios se solucionan las contradicciones que puedan existir en el sistema jurídico, el cual, de esa manera, viene a ser un verdadero orden con la necesaria coherencia y armonía.

#### (\*) § 18. JERARQUÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

a. CONCEPTO. — Ya dijimos que dentro del orden jurídico las normas están jerarquizadas.

Esto significa que hay diversos grados de normas jurídicas y que una consecuencia esencial la norma superior deroga a la inferior.

No nos interesa aquí resolver el problema de cuál es el fundamento de esa jerarquía<sup>4</sup>. Bástenos saber que existe y que aparentemente cada norma va tomando validez de la norma superior, por las leyes se basan en la Constitución y se forman de conformidad al proceso que ésta determina, no pudiendo modificarlo. Y los decretos o reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo dependen

de la Constitución de 1967 que dice: "Los decretos de los gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, podrán también ser dictados inconstitucionalmente (...). Es decir que habla de "fuerza de ley" en acuerdo a la Suprema Corte de Justicia la facultad de declararlos inconstitucionales como a las leyes.

Al respecto hay dos teorías principales. Para la escuela de Viena, el derecho que produce por grados, siendo las normas superiores más abstractas, las que fundan y hacen derivar las inferiores. Dicho es que "el derecho tiene la peculiaridad de que él mismo regula su creación, de tal modo que la producción de una norma de derecho sigue una situación que está regulada por una norma jurídica superior y al propio tiempo, la norma inferior, creada por ésta, determina el modo de creación de otra norma subordinada a ella. Todo hecho de creación de una norma representa, además, con respecto a la norma que lo regula, un acto de ejecución de la misma. A su vez, la norma creada por este acto, será ejecutada de nuevo mediante otro hecho de creación de una norma inferior. En el curso de este proceso productor del derecho (en interesante y perenne renovación) que va siempre, sucesivamente, de una situación abstracta a otra más concreta, se van llenando formas generales con un contenido cada vez más individualizado"

según la *teoría general del Estado*, págs. 189 y 190).

En su posición, llega a reducir a dos las funciones tradicionales, reuniendo la jurisdicción y la administración dentro "del concepto

contra la Constitución, pueden ser declarados inconstitucionales, como veremos en el parágrafo siguiente.

El reglamento no tiene otro fin que el de permitir la ejecución de la ley, por lo cual no puede derogarla ni tampoco ampliarla<sup>6</sup>. En esos casos, el juez a quien se le pide la aplicación, puede declarar ilegal el reglamento y no aplicarlo.

La sentencia es pasible de recursos (reposición, apelación y nulidad) si no se arregla a las normas jurídicas; el contrato también puede ser anulado (o rescindido) y el acto administrativo tiene también que someterse a dichas normas jurídicas, pues de otra manera puede ser anulado. Desde que existe el Tribunal de lo Contenciosos Administrativo en nuestro derecho, se pueden anular los actos administrativos.

c. *DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. SISTEMAS DIVERSOS.* — Cuando una ley se opone a la Constitución, debe primar esta última norma, de acuerdo al principio de la jerarquía. En el derecho comparado existen diversos sistemas al respecto. Se trata de una cuestión muy delicada, pues en el fondo hay que controlar al Poder Legislativo, el Poder más genuinamente representativo de la voluntad popular. Resulta peligroso dar esa facultad a otro órgano o cuerpo que pueda, de este modo, trabar la acción de aquel Poder.

En primer término, existen algunos países en los cuales, a pesar del principio de la jerarquía de las normas jurídicas, se considera que los tribunales judiciales no pueden declarar inconstitucionales las leyes dictadas por el Poder Legislativo, teniendo la solución, por finalidad, respetar fielmente el principio de la separación de Poderes.

Es el sistema de Francia, según la interpretación de la Corte de Casación. Se reconoce la superioridad de la Constitución, pero se piensa que, si los jueces pudieran dejar de aplicar las leyes, alegando su inconstitucionalidad, se violaría el principio de la separación de Poderes y se permitiría que el Judicial controlara al Legislativo en su tarea fundamental: la de hacer la ley. Y este temor puede tener sus motivos reales, pues en algún país la declaración de inconstitucionalidad de las leyes significó un verdadero contralor

del Poder Legislativo. En Estados Unidos, por ejemplo, donde se admite que la Suprema Corte de Justicia declare inconstitucionales e inaplicables las leyes violatorias de la Constitución, en ciertas épocas de la historia, se veía trabada la acción legislativa por esa vía. Así, en el primer período de la Presidencia de Roosevelt, se declararon inconstitucionales una serie de leyes sociales y el derecho laboral, que formaron parte de toda una política del Presidente y su partido, invocándose (por la Corte), la defensa de ciertos derechos (libertad, propiedad, etc.), consagrados por la Constitución y que eran entendidos, quizás, en forma demasiado absoluta, por sus defensores. Hasta se hacía referencia al sistema como el "Gobierno de los Jueces".

El sistema de Estados Unidos — como el nuestro — permite que los jueces declaren inaplicables las leyes inconstitucionales, atribuyéndole esa facultad al Supremo Tribunal Judicial. Se considera que este sistema, a pesar de los inconvenientes anotados, es el lógico y justo, puesto que si el juez se encuentra frente a una ley y a una disposición constitucional, fiere que aplicar una de las dos y, en virtud del principio de jerarquía, debe inclinarse por esta última. De este modo se logra también que la labor legislativa se encarrile en las vías constitucionales, exigencia fundamental del régimen de derecho. Y se trata de paliar la violación del principio de la separación de Poderes dándole, el fallo que declara la inconstitucionalidad, efecto solamente para el caso concreto.

La ley, pues, no se deroga, sigue en vigencia.

Existe, por último, un tercer sistema, que consiste en crear un organismo especial — que no pertenece a ningún Poder — para declarar inconstitucionales las leyes. En este caso esta declaración aparece la derogación de la ley. Era el sistema creado en la Constitución de Austria de 1919 y de España de 1931. En ambos, con pautas variantes, se establecía un Tribunal Especial (Alta Corte Constitucional en Austria, Tribunal de Garantías Constitucionales en España), con una integración especial (inclusivo con representación de las Facultades de Derecho) y con el único cometido de estudiar la constitucionalidad de las leyes. Se salvaba así el principio de la separación de Poderes, al estar, dicho Tribunal, fuera de los distintos poderes del Estado. Un sistema similar se recoge en algunas Constituciones actuales (Alemania, Italia, etcétera).

<sup>6</sup> La Constitución, al establecer las funciones del Poder Ejecutivo — Presidencia actualmente —, ha dicho que debe hacer ejecutar las leyes, "expidiendo los reglamentos especiales que sean necesarios para su ejecución" (art. 168, inc. 4 final) de donde se deduce que la potestad reglamentaria tiene como fin hacer ejecutar las leyes.

d. *NUESTRO RÉGIMEN.* — En nuestro país, hasta 1934, no existía ninguna norma al respecto, a pesar de lo cual, un sector de nuestra doctrina sostenía que, en virtud del principio de jerarquía de las

nas, immanente y esencial en toda sistema jurídico, el juez, le a la contradicción, debía aplicar la norma constitucional, aplicaba la primera, sin necesidad de que ninguna disposición le atribuyera tal facultad y como simple solución a un tema de aplicación e interpretación del derecho.

Pero en año 1934 la Constitución le dio a la Suprema Corte de la, en forma expresa, la facultad de declarar las leyes inconstitucionales. Estas disposiciones se mantuvieron y han sido objeto de algunas modificaciones en la Constitución de 1951, pero se tienen incambiadas en la de 1967. El sistema consagrado en artículos 256 a 261 de la Constitución es el siguiente: pueden darse inconstitucionales las leyes y los decretos de los Gobiernos departamentales (art. 260). En ambos casos se trata de normas que ocupan el segundo grado de la escala jerárquica, inferiores a la declaración en dicha escala.

La declaración se podrá fundar en razón de forma o de contenido (56). La inconstitucionalidad de forma se produce cuando la ley algún defecto, formal, viola la Constitución en los procedimientos que esta indica para su elaboración, como por ejemplo, si para un ente autónomo sin alcanzarse la mayoría que exige la Constitución (art. 189), etc. La inconstitucionalidad de contenido se da cuando la ley contradice el fondo de una disposición constitucional como sucedería en una ley que lesionara el ejercicio del derecho de huelga, que la Constitución consagra en su artículo 57 o de enseñanza consagrada en el artículo 68.

Inconstitucionalidad puede ser opuesta como excepción, es como defensa, cuando a una persona, en un juicio determinativo le va a aplicar una ley inconstitucional. En ese caso ese no alega que la ley viola la Constitución y pide que así se. También puede ser pedida por vía de acción<sup>7</sup>. Una persona una ley nueva la lesiona en sus derechos, puede, antes de

7 segunda forma -inconstitucionalidad, por vía de acción- fue dada, en nuestro derecho positivo, por la Constitución de 1951. Esta norma expresa no se admitía la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, salvo en el caso de que a una persona se le quisiera aplicar una ley, entonces, la deducía como excepción.

8 tercera forma -inconstitucionalidad, por vía de acción- fue dada, en nuestro derecho positivo, por la Constitución de 1951. Esta norma expresa no se admitía la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, salvo en el caso de que a una persona se le quisiera aplicar una ley, entonces, la deducía como excepción.

9 cuarta forma -inconstitucionalidad, por vía de acción- fue dada, en nuestro derecho positivo, por la Constitución de 1951. Esta norma expresa no se admitía la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, salvo en el caso de que a una persona se le quisiera aplicar una ley, entonces, la deducía como excepción.

que se aplique, presentarse directamente ante la Corte de Justicia alegando la inconstitucionalidad (art. 258).

Pero en los dos casos solamente puede actuar pidiendo la declaración quien "se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo". Debemos recalcar este concepto para señalar que nuestro instituto funciona solamente con respecto a la persona lesionada en su interés y no por cualquiera que considere que una ley es inconstitucional, si no le afecta directamente.

El pedido de inconstitucionalidad, pues, debe ser formulado por la persona que se considere lesionada o también por el juez o Tribunal judicial o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando, en un procedimiento, estos organismos se encuentran en la posición de tener que aplicar una ley inconstitucional. En ese caso, el juez o Tribunal intervinientes pueden, de oficio, por propia iniciativa, elevar el expediente para que la Corte resuelva la cuestión.

El procedimiento -que ha sido reglamentado por el Código General del Proceso (1989), como indica el artículo 261 de la Constitución- consiste en suspender los procedimientos cuando se pida la declaración o el juez considere que la ley es inconstitucional y elevar las actuaciones -el expediente- a la Corte de Justicia (art. 258).

Este organismo es el que tiene la competencia exclusiva, pues no pertenece a ningún otro, y originaria, porque conoce en única instancia. Sólo él estudia la inconstitucionalidad y decide.

El efecto de la declaración de inconstitucionalidad es producir la inaplicabilidad de la ley pero "exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado" (art. 259). Esta disposición regula la eficacia de la declaración, que sólo alcanza al proceso en que se pronuncia, es decir, que en ningún modo la ley queda derogada ni se deja de aplicar en el futuro, sino solamente en ese caso. Para otro, habrá que pedir nuevamente la declaración, aun cuando sea idéntico.

Esto es esencial y tiende a evitar la violación del principio de la separación de Poderes. El Poder Judicial dicta decisiones particulares y ésta es una de ellas. La Corte, frente a quien tiene un interés directo, personal y legítimo, declara la ley inconstitucional, devuelve el expediente al Juzgado -si se había planteado como

-cuando pide permiso para construir- sin necesidad de que haya un juicio en el cual se la pretenda aplicar. Por eso es conveniente que pueda presentarse a pedir la declaración de inconstitucionalidad como acción.

excepción— y este dicta su sentencia, pero ya dejando de aplicar la ley inconstitucional. Pero sólo en este caso, sólo para esas partes. Una vez más vemos cómo, en nuestro país, la jurisprudencia no es fuente de derecho.

e. **CONTRALOR DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DEPARTAMENTALES.** — También podrán ser declarados inconstitucionales los decretos de las Juntas Departamentales, es decir las ordenanzas que tienen carácter de ley (material), dentro de su jurisdicción o competencia departamental (art. 260). Es una innovación que introdujo la Constitución de 1951, totalmente lógica, puesto que son leyes iguales a las que dicta el Poder Legislativo. En este caso se aplican las mismas disposiciones comentadas, siguiendo idéntico procedimiento y teniendo la resolución de la Corte, en estos casos, el mismo efecto (el decreto queda en vigencia).

f. **OTROS RECURSOS CONTRA LOS DECRETOS DE LAS JUNTAS DEPARTAMENTALES.** — La Constitución establece, además, que los decretos de las Juntas Departamentales y resoluciones del Intendente Municipal, contrarios a la Constitución y a las leyes, serán apelables para ante la Cámara de Representantes, por 1/3 de la Junta o por mil ciudadanos inscriptos en el Departamento (art. 303). Es decir que se establece otro recurso más —distinto del de la inconstitucionalidad— el de apelación para ante la Cámara. En este caso la resolución de la Cámara de Representantes, si es contraria al decreto de la Junta, lo deroga, le quita el efecto en forma general y para el futuro.

Además establece (art. 304) el referéndum como recurso contra los decretos de las Juntas Departamentales. Y la Ley de 28 de octubre de 1953 lo ha reglamentado a efectos de que pueda ser ejercido directamente por el pueblo, habiendo funcionado en algunos casos concretos.

También el Poder Ejecutivo puede apelar, ante la Cámara de Representantes, los decretos que crean o modifican impuestos (art. 300).

### § 19. ANULACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

a. **GENERALIDADES.** — A los efectos de asegurar plenamente la jerarquía de las normas jurídicas, además de la declaración de inconstitucionalidad y de la posibilidad de que hablamos, de que los

jueces puedan dejar de aplicar un reglamento ilegal, sin necesidad de que lo disponga ninguna norma especial, es necesario arbitrar medios para que dichos reglamentos y los actos administrativos queden también sometidos a las normas superiores. Sabemos que los reglamentos administrativos (resoluciones de carácter general) y los actos administrativos (resoluciones de carácter individual) deben estar sometidos a las normas superiores (principio de jerarquía) y además no deben ir contra las resoluciones o reglamentos dictados por otros órganos competentes (principio de competencia). Pero como el derecho es una ciencia de normas, resulta indispensable agregar, a estos principios, un medio de asegurar que no sean violados o, mejor dicho, un remedio para corregir esa violación. Es necesario que el acto o reglamento que va contra una norma superior o en general contra el orden jurídico (por diversos defectos, por ejemplo un defecto de forma, falta de competencia del órgano que lo dicta, etcétera) quede sin efecto, para lo cual el derecho prevé los correspondientes mecanismos.

Cuando el Poder Ejecutivo dicta un reglamento sobre las importaciones o establece recargos sobre los artículos o regula las actividades del servicio consular (actos generales) o cuando aquélla u otra autoridad hace un nombramiento, contrata un servicio, destituye o sanciona a un funcionario (actos particulares), debe sujetarse al régimen jurídico. Cuando no lo hace, existen remedios a efectos de que el acto incorrecto (ilegal, inconstitucional, violatorio del orden jurídico al fin) quede sin efecto o se modifique para que se ajuste al derecho. Estos son los recursos administrativos de que hablaremos. Luego existe la anulación del acto administrativo violatorio de la regla de derecho, dictada por una autoridad superior.

b. **SISTEMAS DIVERSOS.** — En todos los países existen, en primer lugar, recursos ante la propia Administración para que el órgano que dictó el acto o un órgano administrativo jerárquicamente superior lo anule o modifique.

Hemos expresado ya, al estudiar el gobierno, que los distintos organismos del Estado están también jerarquizados, convergiendo hacia un vértice superior. Así, el Poder Ejecutivo, en nuestro país, tiene diversos órganos, desde el más bajo funcionario, pasando por los distintos jefes, comisiones, direcciones, subsecretarios, ministros, etc., hasta llegar al vértice que es el Presidente de la República. Lo mismo podemos decir de los otros centros de poder de la Administración, por ejemplo, de las Intendencias Municipales, de los entes autónomos, etc. Así, un director de liceo, un decano de la

litad, está sometido a la jerarquía del Consejo de Educación o del Consejo de la Facultad, respectivamente. El primer recurso, naturalmente, es el que puede presentarse al propio órgano que dictó el acto, ese director del liceo, el jefe de sección, etc. Se trata, en este caso, del recurso ordinario de reposición, de revisión o, como dice la Constitución, de revocación (art. 317). Cuando ese órgano voca su propia decisión, no la modifica ajustándola a derecho, es un recurso ante el órgano jerárquicamente superior. llámanlo "recurso de apelación" o, como dice nuestro derecho, "recurso de apelación".

En ambos casos nos movemos siempre dentro de la propia administración, nos dirigimos a ella para pedirle que ajuste sus actuaciones al orden jurídico. Pero esto no basta; es necesario, por lo menos, que los defectos de sus reglamentos o actos, exista un organismo superior, fuera de ella, que pueda hacerlo. Ese es el problema que plantea de la anulación de los actos administrativos por una autoridad distinta a la propia Administración. Es necesario que exista una autoridad de la República o el Consejo Central Universitario o de sus respectivos centros de poder) no resuelven la cuestión, por encima de ellos, independientemente de ellos, por lo tanto existe un organismo que tenga esa facultad. Este problema plantea un problema que tenga esa facultad. Este problema plantea un problema que tenga esa facultad. Este problema plantea un problema que tenga esa facultad.

\* ampliamente: Enrique SAYAGÜES LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, págs. 470 y siguientes.

Administración le causó un daño (carricero a quien el intendente municipal clausuró su carricería), agotados los recursos administrativos, no puede hacer nada más que reclamar una indemnización. El funcionario no será reintegrado al cargo, la carricería será abierta, salvo que la Administración revoque su resolución el afectado solamente podrá cobrar una indemnización, lo que queda a cargo del Poder Judicial (decidir si corresponde y fijar su monto). No se crea, entonces, ningún nuevo organismo.

El problema se plantea entre los que, defendiendo el punto de vista jurídico, reclaman la creación de un nuevo organismo que anule los actos de la Administración y los que, como en los países que sus actos sean inmovibles, defienden a dicha Administración para que sus actos sean inmovibles. Dicen que, si por encima de ella se crea un organismo que modifique sus actos o simplemente los anule, se traba su acción.

Como se ve, es un problema de política, en la organización del gobierno del Estado. En general, podemos decir que, a medida que se ha desarrollado el orden jurídico y el mecanismo del Estado, se ha ido extendiendo a nuevos países la creación de estos organismos con facultades para anular los actos administrativos.

Dentro de los regímenes que admiten la revisión de los actos administrativos, caben, teóricamente, tres posibilidades: a) la reforma del acto, esto es, que se dicte un nuevo acto que sustituya a aquél; b) la anulación del acto, esto es simplemente quitar validez al acto dictado; c) la indemnización o reparación. Ya dijimos que esta última cabe aun en los sistemas que no prevén la anulación de los actos administrativos, pero en estos últimos, es decir en los que esta admiten, también funciona la indemnización. En efecto, no basta cuando a un funcionario se le ha destituido o cuando a un particular se le ha clausurado un comercio, anular el acto; es necesario, además, compensarle las pérdidas que ha sufrido o los daños, durante el tiempo que duró dicho acto, pues la anulación nunca es inmediata o automática.

La diferencia entre la anulación y la reforma es evidente: anular es quitar el efecto, reformar es cambiar, colocar otro acto en lugar del anulado. La reforma es, pues, un paso más, una facultad mayor que se le da al organismo. A veces basta con la anulación (el funcionario destituido), otras, ella no es suficiente para restablecer el orden violado. Cuando se ascende a un funcionario que no tiene derecho, el perjudicado que reclama no queda satisfecho con que se anule el nombramiento, aspira a que se reforme el acto siendo nombrado él en lugar de aquél incorrectamente designado.

c. *NUESTRO RÉGIMEN EN LAS CONSTITUCIONES DE 1952/1966 Y LA REFORMA DE 1997.*— Nuestro sistema, como todos los demás, admite los recursos administrativos que permiten al propio órgano o al superior jerárquico modificar la decisión. En este sentido existe el recurso de revocación (reposición) ante la misma autoridad y el de apelación o jerárquico ante la autoridad superior. La Constitución, en los artículos 317 y siguientes, regula esos recursos, estableciendo, entre otras cosas, dos principios importantes: que el recurso de revocación o revisión ante el mismo órgano que dictó el acto debe interponerse dentro de los diez días y que el de apelación o jerárquico debe ser interpuesto subsidiariamente de aquel. Es decir que una vez que el particular conoce el acto (porque le ha sido notificado o publicado en el Diario Oficial) tiene solamente diez días para recurrir a él y si ha sido dictado por una autoridad que está debajo de otra, debe interponer subsidiariamente el recurso jerárquico. Subsidiariamente quiere decir conjuntamente, en el mismo momento, un recurso supletorio del otro, es el jerárquico, para el caso de que el de revocación o revisión no sea aceptado.

Lo esencial de todo esto es que si no se cumplen estos primeros pasos y dentro de la forma prevista (dentro de los diez días y subsidiariamente) se pierde todo derecho, inclusive el más importante de pedir la anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Porque, para llegar a este, hay que, previamente, "agotar la vía administrativa", lo que significa interponer todos los recursos respetando las formas previstas y dentro de la propia Administración.

La Constitución de 1952 puso en marcha el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Este fue creado en nuestro derecho por la Carta de 1934, pero al no dictarse la ley reglamentaria, nunca entró en funcionamiento. La Constitución de 1952 previó que mientras no se dictara la ley reglamentaria funcionaría de determinada manera, por lo cual, de inmediato entró en vigor. Luego se dictó la ley reglamentaria.

Nuestro Tribunal integrado por cinco miembros es nombrado por la Asamblea General. Es un organismo aparte, que no está dentro de la órbita de ninguno de los otros Poderes.

Su competencia está prevista por el artículo 309. Puede anular los actos de la Administración, "contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder". La primera es una expresión bastante feliz para indicar cualquier incorrección o antijuridicidad. Decir "contrario a una regla de derecho", importa tanto como decir que atenta contra las jerarquías de las normas, que sea dictado por un órgano incompetente, que no cumpla con el proceso formal necesari-

rio, que vaya contra la Constitución, la ley, el decreto, etcétera.

Más difícil es explicar la expresión "desviación de poder". Se trata, en este caso, de actos que, en lo exterior, están de acuerdo con el derecho, cumplen sus preceptos, no son ilegales ni inconstitucionales (aparentemente). En cambio, en el fondo, son actos en los cuales el poder del órgano que los ha dictado ha sido mal empleado (desviado); es el caso de un funcionario a quien se le hace un sumario con cualquier pretexto (faltas, incumplimiento de sus deberes, errores, etc.), pero en el fondo se le quiere destituir por ideas filosóficas, políticas o religiosas. Este acto, correcto en apariencia, tiene un fondo ilícito y por ello el Tribunal también lo podrá anular. En este caso se ha usado el poder no para un fin que corresponde a aquel para el cual se otorga el derecho, sino por una razón incorrecta (desviación del poder).

La Constitución es clara en el sentido de que el Tribunal puede anular no sólo los actos del gobierno central (Poder Ejecutivo, Administración Central), sino también los de los Gobiernos Departamentales, entes autónomos y servicios descentralizados.

Como en el caso de la inconstitucionalidad, el acto podrá ser impugnado por el titular de un derecho subjetivo lesionado que tenga un interés directo, personal y legítimo. Es decir, que se tratará, como ya vimos, de anular un acto concreto o que perjudique un derecho determinado.

Nuestra Constitución, luego de una importante polémica y frente al problema que mencionamos antes, se inclinó por darle al Tribunal competencia solamente para anular un acto. Si dictamina que el concurso ha sido mal llevado y anula el nombramiento, por ello no podrá en su lugar nombrar otro funcionario. Si se anula el acto o se reserva la acción, cabe reclamar la indemnización ante la justicia ordinaria<sup>9</sup>.

La Constitución que entró en vigencia en 1997 introdujo una importante modificación en este aspecto. Antes, el particular afectado por un acto administrativo antijurídico debía primero interponer los recursos correspondientes; luego, si el acto era mantenido por la Administración, debía entablar demanda de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (uno de los órganos de

<sup>9</sup> Esta era la opinión más aceptada por la doctrina, pese a discrepancias. Más ampliamente: E. SAYAGÜES LASO, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, A. MENDEZ, *El contenido de anulación en el derecho uruguayo*, págs. 61 y sigs.; H. GIORGI, *El contenido administrativo de anulación*, págs. 84 y siguientes.

control del Estado). Y, finalmente, si su demanda de nulidad era amparada por dicho Tribunal (o, al menos, se le reservaba la acción reparatoria), recién allí podía iniciar un nuevo juicio demandando la reparación pecuniaria (compensación económica) por los perjuicios que aquel acto antijurídico le había provocado.

En el sistema actual no se requiere el requisito previo de la demanda de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sino que, si lo desea, el particular afectado puede ir directamente a la acción reparatoria, demandando, ante los órganos del Poder Judicial, la indemnización correspondiente. Sólo que, si optó directamente por la acción reparatoria, no puede luego pedir la anulación, sea cual fuere el resultado de la acción reparatoria.

Mantiene también el derecho, como antes, de optar por la anulación ante el T.C.A.: si tiene éxito -es decir, logra la anulación- o si no lo tiene, pero al menos se declara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, podrá demandar luego la reparación.

## § 20. CONSTITUCION

a. **Concepto. Historia.** — Se llama Constitución al conjunto de normas fundamentales que establecen la organización política de un país. El Estado, como todo grupo permanente, dice Jellinek, tiene necesidad de un estatuto. Es conforme a este estatuto que se organiza, que se forma su voluntad, es él quien fijará los límites de la esfera de acción del grupo y que regulará las relaciones de sus miembros entre sí y sobre todo con el grupo mismo. La palabra Constitución se emplea, pues, en el mismo sentido en que se habla esqueleto del grupo, a las normas que regulan su organización.

Generalmente, como para la ley, hay un concepto formal y otro material.

Por Constitución en sentido *formal* se entiende el conjunto de normas superiores, que ocupan el primer grado en la escala jerárquica y que, por consiguiente, no pueden ser modificadas por el legislador ordinario. Estas normas superiores tienen un procedimiento de elaboración especial, son formuladas por el Poder Constituyente (una Asamblea especial, o el pueblo en plebiscito, etc.). Por eso, formalmente, son distintas a las demás normas jurídicas.

Constitución en sentido *material* es el conjunto de normas cuyo contenido consiste en disponer la organización de un Estado. En este sentido, generalmente, se distinguen en la Constitución dos