

DE LA INUTILIDAD DEL RECURSO JERÁRQUICO EN LA ACTUALIDAD

ORLANDO JAVIER MORENO

Que los recursos jerárquicos rara vez tienen resultados positivos no es ninguna novedad. Se trata de un fenómeno que se da tanto el orden nacional como en los locales y que incluso se repite en otras partes del mundo¹.

Hasta el propio Estado nacional ha reconocido hace relativamente poco tiempo que dicho recurso “no sirve para nada”², que “[e]n la inmensa mayoría de los casos los recursos jerárquicos o son rechazados o no se resuelven...”, y que “[l]a realidad de nuestros días es que sólo se consiguen resultados favorables en los recursos jerárquicos cuando uno tiene influencia en las esferas de decisión o cuando se trata de una verdadera barbaridad”³; y ha dicho que ello ocurre porque en el sistema actual “...el funcionario que dictó el acto

¹ En España, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ explican que “...la experiencia más común demuestra que, cuand[o] se trata de asuntos de alguna importancia, es infrecuente que la Administración rectifique. [Y que] Tales rectificaciones sólo suelen producirse en los asuntos de importancia reducida y, preferentemente, en aquellos sectores o ámbitos en los que se producen en masa actos administrativos de pequeña o ínfima cuantía (tráfico, por ejemplo)...” (EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA - TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Civitas, Madrid, 1993, p. 510). En Francia, a su vez, MORAND-Deviller refiere que “La regla de la decisión previa... reposa sobre la voluntad de favorecer un diálogo con la Administración, susceptible de finalizar en un arreglo amigable, el cual tiene lugar, sin embargo, raramente” (JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Curso de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010 [traducción de la décima edición actualizada de su *Cours de Droit Administratif* de 2007], p. 64).

² La afirmación completa es: “En la actualidad el único medio de control interno de los actos administrativos es el recurso jerárquico, que no sirve para nada” (ver nota siguiente).

³ Mensaje de elevación del proyecto de ley de creación de un Consejo de Estado para resolver los recursos jerárquicos fundados en razones de legalidad (Provisorio M.J. y D.H. N° 139 del 20/6/2002 y Provisorio Presidencia de la Nación N° 1040 del mismo día). El proyecto fue devuelto al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el 10/7/2002, por cambio de autoridades, y no volvió a ser impulsado.

impugnado es quien en realidad resuelve el recurso”, y porque “[e]xiste además una deformación profesional de los funcionarios administrativos: son reacios a reconocer sus errores y a rectificar sus decisiones. En parte porque, como todos los humanos, influye la autoestima y, en parte, porque saben que por decir ‘no’ difícilmente tendrán problemas...”⁴.

En realidad las cosas son peores: es cierto que en los hechos el recurso jerárquico no es resuelto por los órganos con competencia para ello⁵, pero esto no debería sorprender. Se trata de otro fenómeno advertido en Francia por RIVERO ya hace tiempo⁶ y sobre el que también se ha referido GORDILLO en nuestro país⁷.

Más grave aún, por lo general a ninguno de estos órganos administrativos el asunto le interesa demasiado, como lo revela el hecho de que suelen *resolver* los recursos sin siquiera tomarse el trabajo de leer los actos administrativos que llevarán su firma. GORDILLO nos cuenta su experiencia de la siguiente manera: “...he visto gente hablando conmigo mientras está firmando sin mirar lo que alguien le está poniendo y sacando de su firma. Esto lo he visto en todos los niveles de la Administración, incluyendo gobernadores y presidentes de la República: Firmar sin leer”. Y agrega: “Hay un caso más para comentar, en

⁴ Mensaje citado, párrafos octavo y décimo.

⁵ En el orden nacional, cabe recordarlo, el segundo párrafo del art. 90 del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decr. 1759/72 (t.o. 1991) establece que “Los Ministros y Secretarios de la Presidencia de la Nación resolverán definitivamente el recurso [jerárquico]; [y que] cuando el acto impugnado emanare de un Ministro o Secretario de la Presidencia de la Nación, el recurso será resuelto por el Poder Ejecutivo Nacional, agotándose en ambos casos la instancia administrativa”.

⁶ En 1978, RIVERO decía: “...las diversas constituciones atribuyen el poder normativo a las autoridades gubernamentales. *Pero ¡no nos engañemos! No es ni el jefe del Estado, ni el jefe del gobierno, ni aún el ministro, ni ninguno de los órganos constitucionales investidos por los textos los que ejercen, de hecho, el poder del cual son titulares.* Un ministro tiene mucho que hacer para tener tiempo de redactar un reglamento. Sus despachos son los encargados de determinar el contenido del acto que recibirá su firma” (JEAN RIVERO, “La Administración y el derecho”, artículo reproducido en el libro homenaje *Páginas de Derecho Administrativo*, dirigido y coordinado por LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Temis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2002, ps. 185/195). Si bien la afirmación refiere a la potestad reglamentaria de los órganos administrativos franceses, es enteramente aplicable a gran parte de la actividad de los órganos administrativos de nuestro país.

⁷ “La atribución formal y legal para adoptar decisiones las tienen determinados órganos, generalmente de alto rango administrativo, y son tales órganos los que finalmente aparecerán suscribiendo con su firma los actos que adopten las resoluciones que sean del caso. Pero toda persona familiarizada con la Administración sabe que ello no es exactamente así, que la resolución en realidad resulta de un proceso mucho más complejo que no está escrito en ninguna ley y en el cual toman parte activa y decisoria diversos funcionarios, asesores, etc.” (AGUSTÍN GORDILLO, *La Administración paralela*, Civitas, Madrid, 1982, p. 51).

la Argentina, de un presidente –respetable, por cierto– que tenía una persona de su extrema confianza que le hacía la firma, o sea, todas las cosas que eran de trámite normal las firmaba esta persona y ponía ‘El Presidente’, mientras el presidente ni se enteraba...”⁸.

Parece difícil de creer, pero es verdad; y esto ocurre desde hace bastante tiempo. MATIENZO ya lo decía a comienzos del siglo pasado cuando explicaba cómo era el trámite de los expedientes que debían llevar la firma del Presidente: “El despacho de los asuntos se hace por cada ministerio, sin consulta previa al presidente, salvo los casos importantes o especiales. Puesta la resolución en el expediente, firma el ministro, dejando un espacio en blanco para la firma del presidente. Un empleado superior del ministerio, generalmente el oficial mayor, se encarga de recoger la firma del presidente en las horas destinadas por este al efecto. El presidente pone su firma arriba de la del ministro, si no tiene observación que hacer, o retiene el expediente para examinarlo en otra oportunidad o para hablar sobre él con el ministro. *La mayor parte de los expedientes pasan sin observación alguna y sin que el presidente lea de ellos otra cosa que la firma del ministro*, bajo cuya responsabilidad deja la solución”⁹.

Y las cosas siguen siendo más o menos iguales en la actualidad, con la salvedad de que quien lleva el expediente a la firma del Presidente ya no es un oficial mayor sino el Secretario Legal y Técnico (en los ministerios suele ser el jefe de asesores de gabinete o el Subsecretario de Coordinación), y de que hoy en día ni siquiera se llevan los expedientes sino simplemente los proyectos de decreto o resolución, a lo sumo con una *minuta* que –de ser necesario– le permitirá a su portador indicarle rápidamente al Presidente o en su caso al Ministro de qué se trata el asunto.

Un ex Presidente de la Nación ha reconocido recientemente este estado de cosas al declarar como testigo en una causa judicial en la que se juzgaba a otro ex Presidente.

En efecto, según lo informado por el Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al declarar como testigo en el juicio oral que se desarrolló contra el ex Presidente Carlos Menem y otros 17 imputados por la venta ilegal de armas a Croacia y Ecuador entre 1991 y 1995, el ex Presidente FERNANDO DE LA RÚA dijo “...que ‘no se pueden leer todos los

⁸ AGUSTÍN GORDILLO, “El Derecho Administrativo en la práctica”, en su *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, T. 7, Buenos Aires, Capítulo XX, p. 358.

⁹ JOSÉ NICOLÁS MATIENZO, *El Gobierno Representativo Federal en la República Argentina*, Editorial-América, Madrid, 1917, p. 127.

decretos’, y que si bien a él le ‘gustaba’ informarse de cada expediente ‘e[ra] imposible interiorizarse con todos’”¹⁰.

En los fundamentos del fallo dictado por el Tribunal Oral, a su vez, se puede leer lo siguiente: “...en base a su experiencia en el ejercicio de la Primera Magistratura desde el 10 de diciembre de 1999 al 21 de diciembre de 2001, FERNANDO DE LA RÚA [...] Afirmó que cuando el Secretario Legal y Técnico le traía la firma era una de las tareas más complejas del día, que requería una atención particular de su parte..., que por lo general examinaba quiénes firmaron previamente el decreto y si se encontraba firmado estimaba que todo estaba correcto..., que le gustaba interiorizarse de los temas pero que ello resultaba complejo..., y [que] sólo podía tener un conocimiento minimizado del tema”¹¹.

Ahora bien, si no es el Presidente ni en su caso los ministros quienes en los hechos resuelven los recursos jerárquicos, quién o quiénes los *resuelven*?

En realidad no hay un órgano puntual, lo que sucede habitualmente es que las dependencias encargadas de elaborar los proyectos de acto siguen en la mayoría de los casos los lineamientos del dictamen de sus respectivos servicios jurídicos, a veces incluso transcribiendo párrafos enteros del dictamen.

Y aquí se presenta un problema adicional, porque de un tiempo a esta parte muchas veces los servicios jurídicos no emiten verdaderos dictámenes¹², sino que se limitan a dar *opiniones* absolutamente superficiales que suelen concluir con expresiones del tipo “este Servicio Jurídico no advierte óbice para la continuidad del trámite”, “se estima que las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas por la superioridad”, o alguna otra parecida.

Y en materia de recursos, puntualmente, muchas veces esos servicios suelen *dictaminar* asumiendo que no es posible reconocer que el Ministro se equivocó, reconociendo *por las dudas* menos de lo que en verdad corresponde reconocer, o incluso –aunque parezca mentira– sin siquiera leer el recurso¹³.

En definitiva, y en cualquier caso, es evidente que si el recurso jerárquico tuvo utilidad alguna vez, en la actualidad ya no la tiene, convirtiendo la obligatoriedad de su interposición en una burla cruel.

¹⁰ <http://el-pais.cij.gov.ar/nota-4148-Contrabando-de-armas--seg-n-Fernando-De-la-R-a---no-se-pueden-leer-todos-los-decretos-.html>.

¹¹ <http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.167567001320686257.pdf>.

¹² La Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que el dictamen jurídico “... debe consistir en un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas del caso y de las consideraciones jurídicas aplicables, para poder recomendar conductas acordes con la justicia e interés legítimo de quien formula la consulta (Dictámenes 203:148 y 211:246, entre otros)”. Dictamen N° 173/99 (Dictámenes 231:156). Rev. PTN N° 32, p. 532.

¹³ Es el caso de aquellos dictámenes cuyo fundamento central consiste en la siguiente fórmula: “que los argumentos expuestos por el recurrente no alcanzan a conmovier los sólidos fundamentos que exhibe el acto en crisis”, u otra similar.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina