

CAPÍTULO XV

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

SUMARIO

1. Dificultades del tema	517
2. Confusión entre “lo contencioso-administrativo” y el derecho procesal administrativo	518
3. El “contencioso-administrativo” clásico y el derecho procesal administrativo actual	520
4. La cuestión en las provincias	521
5. En el ámbito nacional	522
6. Estado actual del problema	523
7. Diferencias entre “plena jurisdicción” y “anulación”	524
7.1. Derechos protegidos	524
7.2. Naturaleza del procedimiento	524
7.3. Facultades del juez en la sentencia	525
8. “Plena jurisdicción” y “anulación” en el orden nacional	525
9. Confusión entre el sistema norteamericano y el francés	527
10. Confusión entre “acción” y “recurso de apelación”	529
11. El proceso administrativo en la práctica	532
11.1. Tiempo, costo, eficacia	532
11.2. Perspectivas	533

Capítulo XV

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *Dificultades del tema*

El tema de “lo contencioso-administrativo” en Latinoamérica se halla plagado de confusiones y oscuridades, por una serie de causas, y no es posible señalar un sistema uniforme; como dice un autor, “se ha producido en determinados períodos de la evolución de nuestra ciencia del derecho administrativo tan tremenda confusión a este respecto, que todavía las oscuridades, desprendidas de todos los errores (y horrores) que se han difundido, desorientan y pierden no sólo a los estudiantes y profesionales poco ilustrados sobre el punto, sino a jueces y profesores...”¹

La doctrina argentina más tradicional, cuando trata del tema, suele referirse en forma general a los caracteres que “lo contencioso-administrativo” tiene *en teoría*, tomando como base para ello en parte la doctrina francesa y española pertinente, y en parte la legislación de los códigos “contencioso-administrativos” provinciales; poco lugar hay en esa doctrina para explicar la situación real, positiva, en el ámbito nacional, y no pocas veces da la impresión de que aquella teoría general sea realmente la aplicable entre nosotros.

La doctrina intermedia² ha hecho numerosos aportes al tema, los que son en general esclarecedores acerca de la realidad del problema en el orden nacional, prescindiendo de la doctrina franco-española clásica y de los códigos o las viejas doctrinas argentinas construidas sobre todos ellos. Pero la lectura de estos

¹ BOSCH, JORGE TRISTÁN, “Lo contencioso-administrativo y la Constitución nacional,” *LL*, 81: 830, 832.

² De entre la cual se distinguen por sus aportes al tema JUAN FRANCISCO LINARES, especialmente en su artículo “Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal,” *LL*, 94: 99; JORGE TRISTÁN BOSCH, particularmente en su artículo citado en la nota anterior, y BARTOLOMÉ A. FIORINI, en su libro *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, 1965. Más recientemente debe agregarse DIEZ, MANUEL MARIA, *Derecho administrativo*, t. VI, Buenos Aires, 1972, p. 27 y ss.; GRAU, ARMANDO EMILIO, *Habilitación de la instancia contencioso-administrativa*, La Plata, 1971, pp. 6, 11 y ss., 29 y ss.; PETRA RECARREN, GUILLERMO M., “El contencioso-administrativo federal,” *LL*, t. 148, año 1972.

trabajos no aclara automáticamente las cosas para el que se inicia por primera vez en el tema, porque entre ellos mismos existen ciertas discrepancias, que no permiten, sin embargo, situarlos en concepciones totalmente opuestas.

Por su parte, la jurisprudencia en cierto modo oscila entre ambos extremos: Alguna vez, se ha remitido a la doctrina más antigua; otra se ha acercado a soluciones más acertadas, pero sin definirse claramente por ellas; otras, ha dado principios propios. Por lo demás, los distintos tribunales no siempre encaran el tema con el mismo criterio, y aun sin cambiar su composición hay tribunales que han evolucionado en los últimos años en cuanto al criterio aplicado. En lo que se refiere a la legislación, fue poco a poco usando términos por lo menos imprecisos y casi seguramente incorrectos, con lo que arroja mayores dificultades a un tema de por sí oscuro.

2. Confusión entre “lo contencioso-administrativo” y el derecho procesal administrativo

Por de pronto, debe cortarse de raíz y de una buena vez la confusión terminológica que significa hablar de “lo contencioso-administrativo,” ya denunciada suficientemente,³ y sustituirla por la denominación correcta, que es “derecho procesal administrativo.”⁴ Ambas expresiones significan, en principio, lo mismo, en cuanto se refieren a contiendas sobre derecho administrativo que se ventilan ante los estrados judiciales,⁵ pero existen múltiples razones para reemplazar los términos.

El vocablo “contencioso-administrativo” tuvo su origen en los tribunales administrativos franceses de tal nombre, que se caracterizan por ser *órganos de la propia administración* que resuelven los litigios entre ella y los administrados, sin revisión judicial posterior. Es de destacar que en el concepto francés de la división de los poderes, la justicia no debe inmiscuirse para nada en los asuntos relativos a la administración pública, siendo ésta la que debe decidirlos en última instancia y por sí sola. En cambio, en nuestro sistema y en nuestra interpretación de la división de los poderes no puede negarse a los habitantes el acceso a una

³ Entre otros, BOSCH, *art. cit.*, p. 842; FIORINI, “La crisis del contencioso-administrativo,” *LL*, 107: 1168 y ss., 1173.

⁴ La doctrina moderna se inclina cada vez con mayor fuerza por esta terminología. Así GONZALEZ PEREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1963, p. 347 y ss.; ULE, CARL HERMANN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14 y ss.; DIEZ, *loc. cit.*; MARIENHOFF, t. I, *op. cit.*, p. 142, utiliza, en cambio, la expresión “contencioso-administrativo;” PETRA RECARRE, por su parte, si bien admite la mayor corrección de la expresión “derecho procesal administrativo,” entiende que por ser más usual es preferible atenerse a la denominación tradicional. Algo parecido han hecho los Códigos de Corrientes y Mendoza, que si bien han superado los errores del viejo sistema contencioso-administrativo, utilizan por aquel tipo de motivo la expresión que criticamos.

⁵ Esto es así en nuestro país, con sistema “judicialista.”

instancia judicial propiamente dicha, siendo inconstitucional precisamente el que la administración pretenda ejercer funciones propias de los jueces.⁶

A pesar de esta diferencia estructural entre el sistema francés y el nuestro, el término “contencioso-administrativo” pasó a usarse también entre nosotros con referencia a los litigios *judiciales* en materia administrativa. Ello es impropio, atento a que los litigios entre los particulares y la administración no se resuelven ni podrían resolverse en forma definitiva por tribunales de la propia administración,⁷ por lo que la terminología francesa, que evoca el sistema opuesto, resulta manifiestamente inapropiada para referirse a éste.

Por lo demás, y como señala BOSCH, el empleo de la expresión “lo contencioso-administrativo” es errado si con ello se pretende “hablar de jurisdicción o de proceso, porque ambos vocablos ya indican, de por sí, que estamos en presencia de una actividad de naturaleza jurisdiccional. Sería por lo menos superfluo interponer la palabra “contencioso” entre las de “jurisdicción administrativa” o “proceso administrativo.” A nadie se le ocurriría decir jurisdicción contencioso civil o jurisdicción contencioso penal, proceso contencioso civil o proceso contencioso penal. (O laboral, o lo que fuere.) “Pareciera que tampoco para denominar al órgano especial que ejerce jurisdicción administrativa. Con decir juzgado o cámara o sala “en lo administrativo” es suficiente; como lo es también decir juzgado “en lo civil,” cámara “en lo penal,” etc. No quiero creer que a alguien podría ocurrírsele por ello que en aquel juzgado o tribunal puede hacerse administración y no justicia.”⁸

A nuestro juicio, debe hablarse de “derecho procesal administrativo” y “proceso administrativo;” y para diferenciarlo del trámite ante la administración pública, llamaremos a este último “procedimiento administrativo,” eliminando con referencia al mismo la aplicación tanto del término “proceso” como “derecho procesal.” El “procedimiento administrativo” será así una parte del *derecho administrativo* que estudiará las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa;⁹ el “derecho procesal administrativo,” como su nombre lo indica, se referirá entonces exclusivamente a los litigios judiciales sobre cuestiones de derecho administrativo: Es una parte del *derecho procesal*, no del derecho administrativo, del mismo modo que el derecho

⁶ Sobre este aspecto de la división de los poderes en Francia y en otros países, ver BOSCH, “El origen de la jurisdicción contenciosoadministrativa en Francia y la doctrina de la separación de los poderes,” en *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1945-I-91 y ss.; LINARES, *art. cit.*, p. 919; FIORINI, p. 1171 y ss.

⁷ Ello se funda en los arts. 18, 95 y 100 de la Constitución, como lo señalan los autores citados.

⁸ BOSCH, *art. cit.*, LL, 81: 841.

⁹ Para otros conceptos ver GONZALEZ PEREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 57 y ss.; BETTERMANN, KARL AUGUST, “Das Verwaltungsverfahren,” *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 17, Berlín, 1959, pp. 121-2.

procesal civil es parte del derecho procesal y no del derecho civil.¹⁰ La expresión “lo contencioso-administrativo,” por su parte, quedará eliminada y sustituida por la denominación “derecho procesal administrativo,” más técnica y ajustada a nuestra realidad positiva.

3. *El “contencioso-administrativo” clásico y el derecho procesal administrativo actual*

Sin embargo, un cambio de denominación no siempre produce el cambio de la ideología subyacente en la denominación anterior. Toda la doctrina del “contencioso-administrativo” tradicional ha sido estructurada como parte del derecho administrativo tradicional, y como tal adolece de sus mismos vicios clásicos: Desmedida atribución de facultades a la administración, limitación extrema de la revisión jurisdiccional de sus actos, autoritarismo, etc. Esa ideología tradicional se manifiesta en una larga serie de “principios,” “teorías,” etc., de la más diversa naturaleza pero de igual filiación: Teoría de los actos de gobierno, de los actos o facultades discrecionales, de la discrecionalidad técnica, de las facultades reservadas de la administración, etc.¹¹

Todos estos conceptos teñidos de autoritarismo y de negación de la división de los poderes y, por lo tanto, en último análisis de negación de la libertad humana, están hoy en día para una gran parte de la doctrina consciente del trasfondo político del tema, en crisis. Así como se habla, en los temas particulares, de crisis de la noción de poder de policía,¹² de la supresión de la teoría de los actos de gobierno,¹³ de la eliminación de la discrecionalidad técnica,¹⁴ de la negación de las facultades jurisdiccionales de la administración,¹⁵ todo en frontal oposición

¹⁰ Para dar una idea de lo variada que es la terminología, y los desentendimientos a que puede dar lugar, podemos recordar aquí que SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 463, y BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, “Proceso y procedimiento contencioso-administrativo,” *Revista de Administración Pública*, n° 44, Madrid, 1964, p. 121 y ss., hablan de “derecho procesal administrativo” no para referirse a la rama del derecho procesal que se refiere a los litigios judiciales en materia administrativa, sino precisamente a la inversa, para denominar a la rama del derecho administrativo que estudia el procedimiento a seguirse ante la propia administración pública.

¹¹ Sobre la filiación política e histórica de estas teorías, ver GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos),” *Revista de Administración Pública*, n° 38, Madrid, 1962, p. 159 y ss., y Civitas, Madrid, 1979.

¹² *Supra*, cap. X.

¹³ *Supra*, cap. XII; FIORINI, *op. cit.*, p. 245.

¹⁴ Ver LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 275; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, p. 113; ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 145; *supra*, cap. VII, n° 12.4.

¹⁵ Ver FIORINI, BARTOLOMÉ, “Inexistencia del acto jurisdiccional de la administración,” *LL*, 101: 1027; *supra*, cap. V, n° 8.

a las doctrinas antiguas,¹⁶ también ha llegado a plantearse, como era necesario, la “crisis del contencioso-administrativo.”¹⁷

Sin embargo, siempre ha sido más lenta y difícil la lucha por conseguir las libertades que el proceso de perderlas, y así es como el que la doctrina señale la crisis actual del “contencioso-administrativo” y destaque que ni siquiera cabe emplear tal denominación (que pudiera sugerir a espíritus desprevenidos la admisibilidad de soluciones extrañas), sino de derecho procesal administrativo (lo que sugiere ser parte del proceso, del *Rechtsprozess* o *due process of law*: Lo ordenado, lo justo, lo razonable), no ha sido suficiente para que se abandone completamente la orientación antigua y se tome la presente.

Por eso, lamentablemente, esto que ahora reconocemos como “derecho procesal administrativo,” parte del derecho procesal que se refiere a contiendas de derecho administrativo, pero derecho procesal al fin, no alcanza a tener la fuerza de principios y convicciones propias. Tributario mental del antiguo derecho administrativo antes que del derecho procesal, busca las soluciones a sus dudas en el viejo “contencioso-administrativo” y no en el derecho procesal, y por ello se va estructurando insensiblemente sobre los mismos moldes clásicos de aquél.¹⁸ Se impone necesariamente una profunda revisión, cuyo contenido ya ha adelantado la doctrina española.¹⁹

4. La cuestión en las provincias

Algo de culpa y algo de justificación tienen en este proceso desviatorio las normas más antiguas: Aquellas provincias argentinas que han dictado, antaño u hogaño, “códigos de lo Contencioso-administrativo,” tienen la culpa de haber puesto en esos códigos preferentemente los aspectos negativos del “contencioso-administrativo” clásico (exclusión del recurso respecto de: La discrecionalidad técnica, los actos de gobierno, las facultades discrecionales en general, etc.), olvidando incorporar

¹⁶ De las cuales el exponente clásico es BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1966, 6ª ed., p. 99 y ss.

¹⁷ Así FIORINI, BARTOLOMÉ, “La crisis del contencioso administrativo,” *LL*, 107, p. 1168; también BOSCH, *art. cit.* Modernamente, ver GONZALEZ PEREZ, JESÚS, “Nuevos sistemas de control de la administración pública,” *REDA*, n° 22, p. 399 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, “Veinticinco años de aplicación de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa,” *RAP*, n° 95, p. 125 y ss.; FERNANDEZ, T. R., “El difícil acceso al enjuiciamiento de fondo de los actos administrativos,” *REDA*, n° 1, p. 141; “Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa,” *REDA*, n° 11, p. 728.

¹⁸ Comp. FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, p. 11 y ss., quien hace una reseña de algunos de los clásicos errores del derecho administrativo del siglo pasado y comienzos del presente, que se han trasladado por inercia al contencioso-administrativo, y de allí a algunos autores que los aplican a la revisión judicial nacional de los actos administrativos. Según lo veremos más adelante, gran parte de las confusiones actuales tiene esta fuente común, por la influencia que tales autores han tenido sobre la jurisprudencia.

¹⁹ Nos remitimos a GONZALEZ PEREZ, “Nuevos sistemas de control de la administración pública,” *RENA*, n° 22, 1979, p. 399 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, “Veinticinco años de aplicación de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: Balance y perspectivas,” *RAP*, n° 95, 1981, p. 125 y ss., especialmente 135-150.

sus aspectos positivos: Celeridad y gratuidad del proceso, efectivo control de la desviación y el exceso de poder, protección efectiva del interés legítimo, etcétera.²⁰ Tienen, luego, la justificación endeble de que por tener tales códigos, mal podían hacer funcionar en la práctica un auténtico derecho procesal administrativo, y así es como la protección judicial es claramente insuficiente.²¹

Sólo una profunda revisión de los supuestos constitucionales de la división de los poderes y, por cierto, una total renovación de tales códigos, puede ahora poner las cosas en su punto.

Los códigos Procesal Administrativos de las provincias de Corrientes, Mendoza, Formosa y La Rioja se inscriben ya en la corriente moderna: Es de esperar que las demás provincias sigan el ejemplo y dicten o reactualicen, según el caso, sus antiguos códigos contencioso-administrativos. También sería de desear que la propia jurisprudencia vigorice el control, aplicando la Constitución por encima de caducas limitaciones legales, cuando las hay.²²

5. *En el ámbito nacional*

En el ámbito nacional ninguna justificación puede encontrarse para incurrir en similares defectos y desviaciones: Sin la rémora de un código “contencioso-administrativo” cargado de principios superados, los tribunales nacionales y el legislador nacional han tenido la oportunidad de estructurar un derecho procesal administrativo justo y equilibrado. Sin embargo, ha sido un factor muy negativo para que ello se lograra, la oscuridad que siempre ha rodeado al tema: Oscuridad que es fruto, en gran parte, de la excesiva influencia que ha tenido entre nosotros la doctrina francesa del “contencioso-administrativo,” a pesar de las diferencias estructurales que separan a nuestro sistema del francés en cuanto a la división de los poderes. Señala FIORINI, con acierto, que “...la doctrina de los juristas franceses, adquirió señorío en la cátedra universitaria provocando el conflicto de un estancamiento en el desarrollo legislativo sobre la materia. Lo que la cátedra impartía no encontraba eco ajustado, ni en la realidad vernácula, ni en la legislación positiva.”²³

Lo grave, con todo, no ha sido exclusivamente seguir a la doctrina francesa, sino:

²⁰ Puede verse sobre este punto FIORINI, *Qué es el contencioso*, op. cit., p. 11 y ss.; 211 y ss., también ARGANARAS, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 43 y ss.

²¹ Por si ello fuera poco, la jurisprudencia a veces ha deformado más de hecho los principios de tales códigos, como lo señala con acierto LINARES, JUAN FRANCISCO, “Lo contencioso-administrativo en la Provincia de Buenos Aires: La deformación jurisprudencial de un código,” *LL*, 96: 852 y ss.

²² Es el problema interpretativo que en otra materia explica PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “La Constitución y las leyes pre-constitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida,” en *RAP*, n° 94, 1981, p. 201 y ss.

²³ FIORINI, op. cit., p. 113. Para una detallada revisión de esas influencias doctrinarias sobre autores argentinos, ver BOSCH, art. cit.

5.1. Tomar de ella sólo las *limitaciones* a la revisión jurisdiccional, y no lo que tiene de efectivo control y protección para los administrados, *que es lo principal del sistema*,²⁴ tornando de ese modo incongruente el conjunto de principios aplicados.

5.2. No hacer de todos modos una clara distinción entre nuestro derecho positivo y el derecho comparado: Así es como todavía hoy pueden encontrarse libros argentinos que sin mayores aclaraciones respecto al derecho nacional, hablan de los “recursos de plena jurisdicción,” “recurso de anulación,” etc., dando implícitamente a entender que están refiriéndose, siquiera en alguna medida, al ámbito nacional, cuando en realidad de verdad nada de ello existe institucionalizado, sea legislativa o jurisprudencialmente.²⁵

El abogado no especializado que, desprevenido, quiera adentrarse en el tema, encontrará seguramente gran dificultad en ubicar estos “recursos” dotados de supuesta vigencia y autonomía, cuando nada en la legislación o en la jurisprudencia le demuestra que funcionen. La falta de concatenación libro-realidad la atribuye entonces, seguramente, a lo esotérico de la “materia,” que supone ya tan especializada o compleja como para escapar a su comprensión normal. En alguna medida esto puede ocurrirle también a un juez, que inconscientemente pague tributo mental a su formación universitaria y pretenda encajar al derecho procesal, que el orden jurídico le ha encargado aplicar también a la administración, en un hecho de Procusto que supone su correcta ubicación: “Lo contencioso-administrativo.”

6. Estado actual del problema

Punto indispensable de partida para toda posible solución es, sin duda, aclarar cuál es el estado actual de la materia: ¿El control judicial de los actos administrativos en el orden nacional, pertenece al “contencioso-administrativo” clásico, al derecho procesal administrativo, o al derecho procesal común? ¿Dónde corresponde realmente ubicarlo en la realidad?

La respuesta más simplificada podría ser la siguiente:

6.1. Salvo los procedimientos especiales, la impugnación de los actos administrativos en sede judicial se efectúa a través de los *medios procesales comunes*: Trátase, pues, *de una acción que se instaura contra la Nación, de una demanda ordinaria, y no de un “recurso” “contencioso-administrativo,”*

6.2. El tribunal que conoce de tales acciones se llama “de lo contencioso-administrativo,”²⁶ pero esta denominación, si bien deriva de la ley, es superficial

²⁴ Comparar BOSCH, *art. cit.*

²⁵ Así, BIELSA, luego de explicar prolijamente los dos recursos, olvida señalar *expresamente* que el de anulación no existe... (BIELSA, *op. cit.*, p. 248 y ss., 251-256.)

²⁶ Desde luego, no se trata del único, pues la competencia respecto a la revisión judicial de los actos administrativos se distribuye irregularmente entre distintos tribunales, por obra de la legislación.

y se presta a equívocos, ya que *tales jueces integran el poder judicial con las mismas condiciones y atribuciones que los demás jueces*, y están organizados de igual forma,²⁷ sólo que con competencia distinta;

6.3. El procedimiento es, en esencia, el del *derecho procesal común*; existen, con todo, algunas modificaciones surgidas de leyes especiales o de interpretaciones jurisprudenciales: Estas modificaciones le dan un carácter peculiar *sin confundirlo*, sin embargo, *con el “contencioso-administrativo” provincial o extranjero*;

6.4. Existen algunos “recursos” especiales (típicamente “recursos de apelación”), con algunas particularidades propias, pero que no se apartan demasiado del sistema salvo en lo que respecta a la revisión judicial, que es en algunos casos más limitada.

Esta aparente simplicidad, sin embargo, se complica en gran medida al ir analizando los aspectos parciales del sistema y al tratar de ubicarlo en su conjunto; no debe por ello tomársela más que como una introducción al estudio del tema. En lo que sigue trataremos de explicar la fundamentación de la primera conclusión, y las confusiones que al respecto pueden producirse y de hecho se han producido en algunos casos concretos.

7. Diferencias entre “plena jurisdicción” y “anulación”

Las diferencias tradicionales entre ambos “recursos” o acciones del derecho comparado, en tanto no se incorpora la unidad de la acción, se estructuran en tres aspectos fundamentales,²⁸ a saber:

7.1. Derechos protegidos

7.1.1. El recurso de plena jurisdicción procede para la defensa del derecho subjetivo, o sea, una pretensión exclusiva a un individuo;

7.1.2. En cambio, el recurso de anulación, o por exceso de poder, etc., procede para la defensa del interés legítimo, no del derecho subjetivo.

7.2. Naturaleza del procedimiento

7.2.1. El procedimiento en el recurso de plena jurisdicción es similar al del proceso ordinario: Demanda, contestación, apertura a prueba, etc.; el administrado y la administración tienen ambos el carácter de partes en el proceso, y las facultades del juez son las usuales: No puede actuar de oficio, primando entonces el principio de la impulsión por las partes, el principio de la verdad formal, etc.

²⁷ O sea, con juzgados federales de primera instancia con competencia en lo “contencioso-administrativo,” iguales a los otros con competencia en lo civil y comercial o penal; y con una Cámara Federal que, además de las otras salas con competencia diversa, tiene una Sala en lo Contencioso-administrativo. No existe, pues, diferencia alguna en este punto.

²⁸ Ver sobre estas diferencias, con ligeras variantes, BIELSA, *op. cit.*, pp. 175-8.

7.2.2. En cambio, el procedimiento en el recurso de anulación es muy distinto: La administración no tiene el carácter de parte, el procedimiento es sumario, no hay normalmente apertura a prueba, y las facultades del juez durante el proceso son más amplias, en la medida en que no haya partes en estricto sentido. El juez actúa, pues, de oficio, primando el principio de la impulsión e instrucción de oficio, en lugar de la impulsión de las partes, y el principio de la verdad material en lugar del de la verdad formal, etc.

7.3. *Facultades del juez en la sentencia*

7.3.1. En el procedimiento de plena jurisdicción, como lógica consecuencia de haber dos partes en el proceso, las cuales pueden ofrecer y producir prueba, etc., con una discusión amplia de los hechos y el derecho, las facultades del juez en la sentencia son amplias: Puede anular total o parcialmente el acto, disponer otra cosa en su lugar, otorgar indemnizaciones, etc. El nombre de procedimiento de “plena jurisdicción,” justamente, se ha dado en atención a que el juez resuelve estas causas con jurisdicción “plena” o normal, o sea con sus atribuciones ordinarias. (Comparables entonces a las de cualquier juez en un procedimiento civil o comercial.)

7.3.2. En el procedimiento de anulación, por el contrario, debe tomarse en cuenta que la administración no ha sido parte en el proceso, que en él no ha existido apertura a prueba y por lo tanto no se ha podido hacer una normal producción de pruebas, que el propio recurrente no ha tenido suficiente intervención en el proceso, etc.; por todo ello, las atribuciones del juez en la sentencia son en un aspecto más limitadas; sólo puede disponer la ilegitimidad del acto, sin otorgar indemnizaciones y sin pronunciarse en principio sobre los hechos. El juez juzga sólo de la legitimidad del acto en su confrontación externa con las normas positivas: Por ello, es que el recurso se llama “de anulación” o “de ilegitimidad,” porque sólo esto puede tender a lograr.

8. *“Plena jurisdicción” y “anulación” en el orden nacional*

La legislación nacional argentina no creó aún la acción de anulación para la defensa, aunque limitada, del interés legítimo, ni la jurisprudencia extendió la legitimación al interés legítimo o al interés difuso. La situación de tutela judicial de los derechos es, pues, hartamente restringida.

En cuanto a la jurisprudencia, su orientación ha sido a veces más criticable aún: Casi diríamos que en algunos casos ha querido transformar la acción de plena jurisdicción, que no existe con ese nombre pero está sustituido con las acciones ordinarias del derecho procesal federal u otras acciones o recursos de leyes especiales, en un mero recurso de anulación, aun tratándose de la defensa de un derecho subjetivo.

En efecto, a pesar de que nuestro procedimiento federal *a)* es para la defensa del derecho subjetivo (no protege el interés legítimo); *b)* es un procedimiento común en que la administración tiene el carácter de parte y la causa se puede abrir entonces a prueba, a pesar de eso, pues, los jueces a veces han caído en la creencia de que por tratarse de “lo contencioso-administrativo” tienen limitadas atribuciones en la sentencia: Que no pueden apreciar ampliamente los hechos, o que sólo están facultados para declarar la ilegitimidad del acto en su confrontación con las normas regladas, etc.

Así ha podido decir alguna vez la Cámara Federal “que *carece de jurisdicción plena* en la sustanciación de estos recursos, limitándose su potestad a juzgar la legitimidad del procedimiento y del acto administrativo, razón por la cual, en principio, *no puede revisar las cuestiones de hecho* ni la apreciación que de ellas haga el órgano de la administración, salvo casos de manifiesta arbitrariedad.”²⁹

Según lo indicamos, la naturaleza de los derechos debatidos (derechos subjetivos) indica a todo evento que se trata de un procedimiento de “plena jurisdicción,” por lo que mal puede decir el tribunal que no tiene “jurisdicción plena,” la confusión con el “recurso de anulación” es clara, ya que sólo allí hubiera podido decirse que el tribunal carecía de jurisdicción plena. El error es más evidente si se tiene en cuenta que en este “recurso” a la administración no le fue negado el carácter de parte, lo que refuerza la idea de que el procedimiento es una contienda ordinaria y no un “recurso de ilegitimidad” en que “se ataque un acto pero no la administración.”

Más criticable aún ha sido lo sostenido por la Corte Suprema en un caso relativamente aislado, en que dijo que cuando se impugnan ante la justicia actos del Instituto Nacional de Previsión Social, éste *no tiene el carácter de parte* ni corresponde que se le apliquen costas³⁰ y “Que, en principio, debe admitirse que cuando la administración pública es traída ante la justicia por recurso mediante el cual sólo se puede impugnar la legalidad de un acto de aplicación del ordenamiento jurídico... librado a su competencia, no defiende derechos particulares, sino que actúa, como poder público, en defensa de la legalidad de un acto administrativo de interés general,” “por lo que no cabe equipararla a las partes en las contiendas judiciales comunes ni someterla a los requisitos ni a las responsabilidades procesales impuestos ordinariamente a aquéllas.”³¹

²⁹ *Barraza, LL*, 107: 708, 709. La jurisprudencia ha evolucionado un poco en este punto, aumentando el control de los hechos, y finalmente la Corte Suprema ha dado una interpretación amplia y plena a las atribuciones de la Cámara al respecto (*Nassif, Doctrina Judicial*, 1964, p. 933); pero, lamentablemente, el punto de partida se mantiene, y todavía se afirma en los fallos que, en principio, sus atribuciones son limitadas, p. ej., CNFed. CA, *Compañías de Construcciones de Acero Limitada, Doctrina Judicial*, 1964, p. 1065.

³⁰ Corte Suprema, *Muscari*, 1958, *Fallos*, 240: 297.

³¹ Corte Suprema, *Domínguez, José F. c/Instituto Nacional de Previsión Social, LL*, 96: 111 y 113, 1959.

Acá se confunde, obviamente, la acción procesal administrativa con el recurso de ilegitimidad: La acción que el interesado plantea cuando reclama una jubilación, etc., está típicamente basado en un derecho subjetivo, y por lo tanto debiera ventilarse por un procedimiento normal en que la administración sea parte y pueda ser condenada en costas. La solución que estos fallos dan (al decir que la administración no es parte, que no se la condenará en costas, y que sólo defiende la legitimidad de su acto) sería aplicable si el interesado estuviera defendiendo nada más que un interés legítimo, pero no lo es si defiende su exclusivo y excluyente derecho subjetivo, al amparo de los arts. 14 y 18 de la Constitución. La Corte ha seguido en este fallo, aparentemente, a BIELSA, quien dice exactamente lo que el fallo,³² pero no advierte el tribunal que dicho autor, al aclarar, como él lo hace, que la administración no defiende en este caso un derecho subjetivo, sino que actúa como poder público, etcétera, se está remitiendo al recurso de anulación o ilegitimidad, que, como él mismo aclara,³³ es el único que no se refiere a tales derechos.

Por otra parte, tampoco se puede salvar el error del fallo afirmando que la Corte ha entendido que el Instituto actuaba en el caso como tribunal de primera instancia, de cuya resolución se “apelaba” en sentido procesal ante la Cámara, porque en tal caso sería absurdo que el “tribunal de primera instancia” se presentara ante la Cámara a defender su acto apelado; ello equivaldría tanto como a que un juez presentara un memorial ante la Cámara de Apelaciones para defender su sentencia.

9. *Confusión entre el sistema norteamericano y el francés*

Hemos visto cómo, tomando en parte como modelo al sistema francés, se lo ha apreciado equivocadamente, y se lo ha aplicado apartándose de propios y verdaderos principios; pero el desvío existe también en otros aspectos más profundos.

En efecto, nuestro sistema constitucional está estructurado a semejanza del estadounidense y en diametral diferencia al francés clásico que cobijó al “contencioso-administrativo.” Como señala LINARES,³⁴ entre nosotros: “En la justicia federal —según se organizó y subsistió por casi un siglo— rigió un sistema que era adaptación del estadounidense vigente en 1863. En las provincias el sistema en vigor es el francés, a través de la versión española. Mientras aquél estaba organizado, en su país de origen, sobre la base de un Estado con constitución rígida, control judicial de constitucionalidad... el segundo estaba organizado

³² *Op. cit.*, t. V, pp. 214-15 de la 5ª ed., Buenos Aires, 1957, p. 288 de la 6ª ed.

³³ *Op. cit.*, p. 175 de la 5ª edición, p. 249 de la 6ª edición.

³⁴ LINARES, JUAN FRANCISCO, “Lo contencioso-administrativo en la justicia nacional federal,” *LL*, 94: 919. Ver también BOSCH, JORGE TRISTÁN, *arts. cits.*, y *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951, pp. 38-42 y 220; también WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, 1971, pp. 46-7, quien hace similar comparación entre el sistema francés y el inglés.

sobre la base de un Estado de constitución flexible, sin control judicial de constitucionalidad... Mientras los Estados Unidos ostentaban un sistema judicialista de gran confianza hacia los jueces, Francia y España ostentaban un sistema de justicia contencioso-administrativa cuyo origen histórico finca precisamente en la desconfianza hacia los jueces. Por último, mientras el régimen norteamericano federal ponía a la administración en un pie de igualdad con el particular dentro de las causas judiciales, el europeo la ponía en situación de ventaja a través de la “ejecución de oficio” de los actos administrativos impugnados, los términos de caducidad de las acciones y recursos del particular, etc.”

“El sistema norteamericano venía impuesto, en el orden nacional argentino, por la similitud del art. 100 de nuestra Constitución, con el art. III, secc. 2, de la Constitución de Filadelfia. Ninguno de ellos distingue, dentro de las *causas* que nacen de la Constitución, leyes y tratados, entre las contencioso-administrativas y las civiles.”³⁵

Ello demuestra una vez más, si cabe, la prudencia con que debe obrarse al considerar la posible aplicación de una solución *restrictiva* acerca del control; en cambio, nuestra jurisprudencia en algunos casos ha usado de la prudencia a la inversa: Prudencia suma para efectuar el control, demasiada seguridad para limitarlo, en una manifiesta claudicación ante el poder.

Este criterio se advierte, por ejemplo, en un caso en que se dijo que “...no hay en el orden nacional una organización genérica del contencioso-administrativo, es decir, ninguna norma determina que contra todos los actos administrativos, que adolezcan de algún vicio de ilegitimidad, con excepción de los que la misma exceptúa, procede el recurso de esta índole. Por el contrario, y antes bien, la regla en este aspecto se invierte: Ningún acto administrativo puede ser materia de recurso contencioso-administrativo, sino aquellos respecto de los cuales alguna ley, a título de excepción, lo confiere.”³⁶ El concepto es nuevamente equivocado y constituye de todos modos una expresión de lo que pareciera haber sido idea dominante.

Se ha dicho también, en esta orientación, que “no cabe duda que los jueces tienen que extremar la prudencia para suspender la ejecutoriedad de un decreto del Poder público, por ser éste una consecuencia propia de los actos administrativos y gozar de una presunción de legitimidad.”³⁷

Es que, como dice LINARES, “los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo, contra el Estado.” “De allí que la mentalidad de la

³⁵ LINARES, *op. loc. cit.*

³⁶ CNFed. CA, *LL*, 93: 36, *Basterrica*, 1958.

³⁷ CNFed. CA, *LL*, 25-IX-1965, *Asuval*. La crítica a este razonamiento la ha hecho ya con anterioridad LINARES, refiriéndose a los “Efectos suspensivos de los recursos ante la administración,” *LL*, 85: 906, en criterio que hemos compartido en *Procedimiento y recursos administrativos, op. cit.*, p. 185 y ss. Ver también ORTIZ, E., *Los privilegios de la administración pública, op. cit.*, p. 98.

enorme mayoría de esos magistrados, cuando juzgan causas contencioso-administrativas, cambia en una curiosa forma.”³⁸ En rigor de verdad, los jueces, en algunos casos, parecen considerar que son ellos mismos los representantes del interés fiscal del Estado, y tratan casi siempre de salvar las deficiencias que los verdaderos representantes puedan cometer; no es éste, sin embargo, el espíritu del sistema. Parece innecesario destacar que no hay derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, sino de un sistema autoritario en tanto se apliquen principios como los criticados.

10. *Confusión entre “acción” y “recurso de apelación”*

Otra importante fuente de confusión la constituyen las leyes especiales que contra determinados actos administrativos estatuyen un “recurso de apelación” para ante la justicia, o dicen simplemente que de tales decisiones el interesado podrá “apelar” ante los tribunales. Es importante aclarar que ninguna de estas leyes hace una clara caracterización del recurso, por lo que el problema es usualmente tratar de interpretar el sentido que a ellas debe darse.

Si bien la jurisprudencia no es del todo uniforme en cuanto al sentido que debe otorgarse a tales “apelaciones,” ha sentado en algunos casos una muy correcta doctrina; ha dicho así que un órgano administrativo “no se encuentra en relación directa ni jerárquica con este tribunal. De sus decisiones no cabe apelación como impropriamente lo expresa el decreto 5.148/55 (art. 5°), porque ésta sólo funciona entre los diversos grados que constituyen las instancias del Poder Judicial.” “Algunas decisiones de los órganos no judiciales son susceptibles de recursos ante los tribunales; recursos que no son apelaciones sino medios autónomos para rever, por la vía contencioso-administrativa, tales decisiones.”³⁹ No sólo la Cámara Federal, sino también la sala II de la Cámara Nacional de Trabajo, se ha pronunciado en este sentido; ha sostenido así este último tribunal que puesto que “al Presidente de la República y al personal de la administración pública nacional le está vedado ejercer funciones judiciales... no es posible atribuirle la calidad de tribunal de primera instancia respecto de un órgano judicial que actúa por vía de apelaciones, porque entonces cabría concluir que en ese caso ha ejercido aquellas funciones, no siendo óbice la circunstancia de que sus decisiones sean recurribles, porque también lo son las de los jueces en los casos autorizados por las leyes procesales.” “La naturaleza de “acción” y no de “recurso procesal” que tienen las vías que varias leyes declaran expeditas para llevar decisiones administrativas ante el Poder Judicial, ha sido también declarada por la jurisprudencia.”⁴⁰ Hasta la

³⁸ LINARES, “Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal,” *LL*, 94: 926, quien hace en particular una severa crítica al criterio de los jueces provinciales.

³⁹ Cámara Nacional Especial, *LL*, 84: 190, con nota de BOSCH, que no compartimos por los motivos expuestos en el texto.

⁴⁰ Cámara Nacional de Trabajo, sala II, *LL*, 99: 287-8, *Plotnicoff Uliansky*, 1959.

propia Corte Suprema ha dicho en algún caso que aunque la ley usara el término “recurso,” se trataba en realidad de una “acción contenciosa.”⁴¹

La doctrina, si bien no con uniformidad, se ha pronunciado también en el sentido indicado. Sostiene así PODETTI:⁴² “Sin duda, por esa especie de mimetismo que aproxima formalmente determinadas resoluciones de la administración a los fallos judiciales, algunas leyes argentinas llaman recurso a ese medio de abrir la vía judicial.” “La voz recurso, multívoca, aparece usada en ambos casos en la acepción común y lata de dirigirse a alguien para obtener alguna cosa y no en la técnica y específica de medio para impugnar una resolución judicial.” “El recurso, en derecho procesal, implica una nueva revisión de un pronunciamiento judicial, en la mayoría de los casos por un tribunal de mayor grado.” “Dentro de la vía administrativa y por el uso extensivo o figurado del léxico procesal, podría aceptarse que el reclamo ante el ministro sea considerado como un recurso. Pero aceptar como recurso el acto de “promover” la discusión judicial de un acto administrativo resulta inadmisibile. El art. 27 y otras disposiciones análogas otorgan, sea cualquiera la palabra que empleen, el derecho de poner en movimiento el poder jurisdiccional, dando andamiento a un proceso. Se trata, pues, inquestionablemente, de una acción.”⁴³

En igual orientación expresa FIORINI: “Podrá el legislador denominar “recurso” o “apelación” a la promoción de la revisión judicial de un acto administrativo, pero éste no dejará jamás de ser acto administrativo. La calificación de “apelación” o de “recurso inmediato” por la ignorancia del legislador, a la acción revisora contra un acto administrativo que se considera ilegal o gravoso, no transforma la esencia de la función administrativa que lo dictó y la función completamente distinta que lo juzgará.”⁴⁴

Por otra parte, y según ya lo adelantamos, es contradictorio admitir que el órgano administrativo cuyo acto es impugnado se defienda por sí o por representantes ante el tribunal, contestando la impugnación del particular, y sea al mismo tiempo un “tribunal de primera instancia,” ya que tales conductas son opuestas. Si se tratara de un tribunal de primera instancia no podría nadie asumir su

⁴¹ *Fallos*, 183: 389; también la misma solución en la causa *Caviglione Hnos.*, *JA*, 1944-III, p. 73.

⁴² PODETTI, RAMIRO J., “El plazo que establece el art. 27 de la ley 3764. (Impuestos internos.) Su interrupción,” *JA*, 1946-I, p. 43, nota.

⁴³ Agrega PODETTI: “Los tres elementos que estructuran el derecho procesal aparecen con la presentación ante el Juez: La jurisdicción, la acción y el proceso. Antes hay trámites y actos administrativos, sustanciados y dictados por uno de los sujetos en la relación jurídica o de hecho que los motiva. No hay, en ellos juez en la acepción jurisdiccional (tercero imparcial), actividad sustitutiva; ni acción en el sentido de condición para que la ley sea actuada; ni proceso, como instrumento o medio para dicha actuación,” *JA*, 1946-I, p. 44.

⁴⁴ FIORINI, BARTOLOMÉ, “Tribunales y función administrativa,” *Revista Derecho del Trabajo*, t. XVIII, 1958, p. 893 y ss., en nota, esp. pp. 894-5. Dice también FIORINI, “La ley al disponer estas circunstancias... no puede, en forma alguna, transformar al administrador como juez y a los jueces como administradores jerárquicos.” (P. 896.)

defensa, salvo, tal vez, el ministerio público en su estricto carácter de tal. (Y no como representante de los intereses fiscales del Estado.)

Además de tales razones, existe otra de hermenéutica legislativa para llevar a la misma solución: Si sólo existieran “recursos de apelación” contra actos administrativos para ante una Cámara de Apelaciones la confusión sería más explicable; pero cuando se toma debida cuenta de que son muchas las leyes que otorgan “apelaciones” *para ante jueces de primera instancia*,⁴⁵ contra cuya sentencia procederá luego el recurso de apelación ante la Cámara, no hay duda de que la *mens legis* no ha sido en modo alguno darle una naturaleza especial a tales “recursos de apelación;” lo único que la ley quiere es establecer un medio expeditivo de resolver la contienda (pues casi siempre se establece en tales casos un plazo de caducidad); pero en modo alguno asimilar el órgano administrativo a uno judicial.

De no interpretarse así la cuestión, pueden presentarse lógicas confusiones cuando se trata de considerar el supuesto “recurso de apelación;” se ha dicho en un caso, con referencia a una ley que tan sólo expresa: “podrá recurrirse por la vía contenciosa ante el juez federal,” lo cual no debiera haber originado dificultad alguna, que “la presentación de una prueba, sobre la cual se pretende argüir la defensa, ya ante la instancia judicial en la vía contenciosa (art. 38, ley 12.372), cuando incluso con anterioridad se disponía ella, alteraría los hechos probados que son materia del recurso contencioso.”⁴⁶ Aquí la confusión es en parte con el recurso de apelación, por la negativa a considerar una prueba no ofrecida en lo que se estima aparentemente “primera instancia,” y en parte con los sistemas provinciales como se advierte por la importancia dada al así llamado “recurso contencioso.” Por lo demás, los fallos que ya hemos mencionado como confusión entre acción de plena jurisdicción y de anulación, tomados en un prisma distinto, importan de todos modos una confusión entre la acción judicial que significa impugnar en tales casos la actividad administrativa, y el limitado recurso de apelación que se da dentro del derecho procesal contra una sentencia de un juez de primera instancia. Si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema admitimos que el interesado tiene derecho a tener “una instancia judicial al menos,”⁴⁷ es obvio que no podemos reconocerle carácter de primera instancia a la actuación administrativa, y el limitado carácter de apelación procesal a la discusión que se realice en la instancia judicial; pues, como también lo ha dicho la Corte, la instancia judicial en cuestión debe ser “adecuada y suficiente,” requisitos que a

⁴⁵ En el libro de DANIELIAN, MIGUEL, *Recursos judiciales contra decisiones administrativas*, Buenos Aires, 1964, puede encontrarse una completa enumeración de casi todas estas leyes. A título de ejemplo, ley 4202, art. 17, “apelación para el Juez Federal de Primera Instancia;” decreto-ley 6765-63, art. 11, “podrán ser apeladas por ante el Juez Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso-administrativo,” etc.

⁴⁶ Cámara Federal de Resistencia, *Guarino*, 1961, *LL*, 107: 475-6.

⁴⁷ *Fallos*, 247: 646 y ss., *Fernández Arias*, 1960; posteriormente, 249: 181, *Montagna*, 1961; 253: 485, *Rosales*, 1962; 255: 357; *Cámara Gremial de Productores de Azúcar*, 1963, etc.

nuestro juicio no satisfacen una mera apelación *en sentido procesal*. Por ello es que debe reconocérsele a tales supuestas “apelaciones” el carácter amplio que le han otorgado algunos de los precedentes mencionados.⁴⁸

Con todo lo expuesto, y con todo lo que falta todavía para acercarse a las propuestas más recientes de control judicial, es casi manifiesta la inexistencia de control judicial suficiente y adecuado contra la administración.

11. *El proceso administrativo en la práctica*

11.1. *Tiempo, costo, eficacia*

Queda por hacer una reflexión adicional acerca de la eficacia del sistema nacional de revisión judicial de los actos administrativos. El particular que considera lesionados sus derechos subjetivos y decide ejercitar su defensa de acuerdo con los medios que le acuerda el ordenamiento jurídico, se encuentra:

11.1.1. Con que debe iniciar una acción ordinaria contra el Estado, ante un juez federal de primera instancia; la duración de este juicio ordinario puede oscilar alrededor de los dos o tres años;

11.1.2. Antes de poder iniciar el juicio debe agotar la instancia administrativa;

11.1.3. No tiene certeza de cuál será el juez competente para entender de su demanda, pues la jurisprudencia es muy vacilante para determinar cuándo corresponde la competencia federal civil y comercial o la contencioso-administrativa;⁴⁹

⁴⁸ Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, *LL*, 99: 287; Cámara Nacional Especial, *LL*, 82: 190.

⁴⁹ DE GREGORIO LAVIÉ, JULIO A., *La competencia contencioso-administrativa*, Buenos Aires, 1960, p. 133 y ss. Dice este autor: “Hasta el más avezado abogado debe lanzarse a un verdadero acertijo para encontrar el juez que entienda en su pleito. Los jueces se declaran competentes y la Cámara revoca sus resoluciones; o incompetentes, y también se las revoca. El propio Tribunal de Alzada por una sala resuelve un caso y otra sala en fauna inversa. Distintas salas entienden en casos similares, sin hacer salvedad alguna. Los Plenarios se contradicen. La Corte Suprema Nacional es sorda y trata por todos los medios de evitar de conocer en las causas que a ella llegan rechazando un porcentaje impresionante de recursos y quejas con sintéticos fallos de «cliché,» sin analizar el fondo de los problemas.”

“Como consecuencia de esta irregularidad, los litigantes, pese a estar convencidos de sus derechos en una reclamación contra el Estado o cualquier entidad autárquica o descentralizada (que se han reproducido en estos últimos tiempos), prefiere resignarse y perder sus derechos. Después de una peregrinación larga y fatigante por los múltiples organismos burocráticos debe aprontarse a ventilar una cuestión de competencia que le llevará un año o más, agotando instancias antes de poder radicar su juicio.”

“A esta anomalía se añade otra que es también grave. El Estado tiene su representante en el fiscal, que actúa en un doble papel: Como parte y como fiscal propiamente dicho. Tanto para la habilitación de la Instancia, como para fijar la competencia: Si gana los incidentes, cobra honorarios; si pierde, no paga, porque el Estado guardó silencio como parte; la cuestión la planteó el fiscal. Lo mismo ocurre en la Cámara de Apelaciones.”

11.1.4. No tiene la certeza de si le exigirán o no el previo reclamo administrativo, y en caso de decidir hacerlo, no tiene la certeza de si con ello perderá o no el plazo para iniciar la demanda;⁵⁰

11.1.5. Es difícil conseguir la suspensión del acto administrativo impugnado, u otras medidas precautorias;⁵¹

11.1.6. Luego de producido el fallo de primera instancia, aunque lo gane, sabe que ante la apelación de la administración debe pasar a segunda instancia: Allí el tiempo que la sentencia puede insumir oscila habitualmente entre uno y dos años;

11.1.7. Ganado el pleito, todavía le queda la instancia del recurso extraordinario que interpondrá la administración para ante la Corte Suprema, donde puede transcurrir un tiempo de entre uno y dos años, como mínimo, antes de tener una sentencia definitiva;

11.1.8. Luego, y si lo gana, debe todavía ocuparse de lograr la ejecución de la sentencia, lo que a veces demanda algunos meses más de tramitación;⁵²

11.1.9. En materia de gastos, al iniciar la demanda, tiene que hacer frente al impuesto de justicia y considerar las costas que le aplicarán si pierde, y que deberá de todos modos sufragar en el orden causado si gana, ya que pocas veces los jueces condenan en costas a la administración;

11.1.10. A su vez, los avatares políticos pueden hacer que la sentencia se vea influida por un cierto favoritismo de los jueces con la administración, de modo que las posibilidades de éxito no son siempre amplias ni menos aún seguras.

Sumando todo lo que antecede, resultaría que se trata de un juicio siempre *largo*, procesalmente *difícil*, caro y de escasas posibilidades de éxito.

11.2. *Perspectivas*

La ausencia de un eficiente control judicial de la actividad administrativa, debida en gran parte a la carencia de un Código procesal administrativo expeditivo y eficaz para la defensa de los derechos individuales,⁵³ ha ido otorgando una creciente importancia al procedimiento administrativo; o sea, aquél seguido

⁵⁰ Con lo cual, se ve obligado a iniciar simultáneamente el reclamo administrativo previo, y también la demanda judicial al único efecto de interrumpir el plazo de caducidad de la acción, en el caso de aplicarse el decreto-ley 19.549/72.

⁵¹ Ver nuestro *Tratado*, t. 3; cap. V, n° 21.

⁵² O sea, que en total puede tener que esperar entre cinco y diez años para tener un pronunciamiento judicial firme sobre sus derechos. Además, de acuerdo con el art. 7° de la ley 3952, las sentencias “que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al reconocimiento del derecho que se pretenda.” Este artículo ha sido declarado inconstitucional en algunas hipótesis de excepción, pero la regla sigue vigente y no ha sido hasta el presente derogada con criterio general.

⁵³ Y, desde luego, a una firme y valiente actitud judicial que supla dichas deficiencias en aplicación directa de los preceptos constitucionales.

ante la propia administración. Este procedimiento administrativo, si bien tiene algunos de los defectos del procedimiento “contencioso-administrativo” nacional (lentitud, imperfecto control de los actos administrativos), presenta en cambio dos ventajas de que éste carece y que determinan su prevalencia actual en algunos países iberoamericanos: Un pronunciado informalismo en favor del administrado, y una gratuidad prácticamente total (pues no hay, según vimos, costas, sellado de actuación o impuesto de justicia.) Estas circunstancias han producido un desequilibrio en los medios de protección de los administrados frente a la administración pública, y han llevado a que aquéllos utilicen cada vez en mayor grado los recursos del procedimiento administrativo, y acudan menos a los del proceso judicial.

Es imprescindible restablecer el equilibrio entre los remedios administrativos y judiciales, y para ello es necesario dictar un código procesal administrativo moderno, ágil, libre de los prejuicios dogmáticos del viejo derecho administrativo autoritario, tan poco favorable al control judicial de la actividad administrativa; es necesario formular en tal código, con la máxima amplitud, las atribuciones de los jueces para controlar plenamente la legitimidad de los actos administrativos, apreciar la prueba producida y los hechos tenidos en cuenta por la administración, y también para hacer cumplir sus disposiciones frente a los organismos administrativos. Es necesario tratar de eliminar normativamente las brechas jurisprudenciales de defectuoso o inexistente control judicial de la actividad administrativa, ya que la justicia ha carecido de lucidez autocorrectora, por lo menos hasta el presente.

De otro modo nos mantendremos alejados del sistema constitucional de la división de los poderes, y estaremos consolidando en la práctica, por la carencia de tal código y *la falta de una firme actitud de los jueces que lo supla*, un desequilibrio constitucional que instaura la supremacía de la administración, sin frenos ni contrapesos efectivos, y que no es un clima adecuado para lograr el afianzamiento de los principios democráticos y de la libertad individual.