

## Capítulo XIV

# EL DEFICIENTE ACCESO A LA JUSTICIA Y PRIVACIÓN DE JUSTICIA COMO VIOLACIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS <sup>1</sup>

## I. LA INSUFICIENCIA Y SUS REMEDIOS PARCIALES

### 1. Introducción

Pareciera existir una suerte de “tabú” para exponer y discutir en forma sistemática y constante, en nuestra profesión, los temas atinentes a las falencias del Estado a través de su representación visible. Fundamentalmente en lo que se refiere al Poder Judicial, en cuanto al real y efectivo acceso a la justicia para la tutela de los derechos humanos.

Parece que señalar que hay en verdad efectiva privación de justicia generalizada para la tutela de los derechos humanos es como decir que el rey está desnudo... Es cierto, pero no se dice, no se ve, no se comenta, salvo trabajos y obras aisladas que no parecieran conmover a la sociedad o al Estado para la toma de decisión. Es posible que haya una sencilla explicación psicológica, como ejemplo de automecanismo de defensa del yo: inconscientemente, uno trata de no ver aquellas falencias sistémicas de su profesión que llegan poco menos que a invalidarla totalmente.

Los problemas que afectan al Poder Judicial no son todos de su propia creación ni invención. Algunos sí, por supuesto. Pero nadie con poder de decisión o iniciativa recoge el guante y trata al menos de dar solución al problema que esté a su alcance.

### 2. La lucha de la justicia contra el poder

Conviene recordar el axioma de que “no importa lo que un Juez dice que hace, sino lo que hace,” y por ello no interesan los *obiter dicta* de las sentencias, sino si

<sup>11</sup> Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, caps. XII a XVI.

en verdad hacen lugar a la tutela impetrada por el particular o utilizan alguna de las cientos de razones y fundamentos existentes para negársela, por respetabilísimos como antiquísimos principios de derecho procesal, jurisprudencia, costumbre judicial, etc. Si en tal caso el juez dice que el individuo tiene seguramente razón, pero que equivocó la vía, no hizo el reclamo previo, no agotó la instancia, etc., lo que hace es claro: no otorga la tutela impetrada, cualquiera sea el motivo invocado.

Claro está que es duro y solitario el papel de crítico de la sociedad o del poder. Fue duro el antiguo trabajo solitario y admirable de algunos funcionarios de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. Es duro el trabajo del autor que quiere hacer progresar el derecho, que a veces le vale el mote de “doctrina minoritaria,” como si la razón se contara con un ábaco.

También es duro y solitario el trabajo del juez que sin ninguna recompensa pública o privada debe levantarse, él sólo, para fulminar de nulidad nada menos que un acto de los más altos y poderosos órganos del Estado, que, ellos sí, no se privan de criticar ante la prensa la decisión judicial, en los más duros términos que les parezca conveniente.

Tal vez, entonces, demasiados ciudadanos poco informados sienten en el juez un opositor al gobierno, no advirtiendo que parte de un buen gobierno es tener una justicia que lo controle y le anule sus actos cuando los perciba ilegítimos.

Puede ser que no adviertan que un órgano de control que sirva de algo, debe precisamente criticar y en su caso invalidar la acción del gobierno de turno, a tiempo, y no llegar con su sentencia recién cuando el gobierno ya cambió, y la sentencia sólo alcanza al gobierno anterior.

Molestan las medidas cautelares, los amparos que tramitan con celeridad procesal, todo.

Los poderes públicos de nuestros países no comprenden que jamás debieran permitir que órganos menores del Estado se pronuncien públicamente en contra de un magistrado de la Nación, como a veces lo hacen cuando éste no es conformista con el poder, y olvidan sancionar a los funcionarios administrativos que comienzan a perseguirlo y hostigarlo. Tal vez todos se dejan llevar por el rechazo a lo diferente, a lo extraño, aquello que por ser distinto parece constituir una amenaza, por poder llegar a erigirse en ejemplo de conducta a imitar antes que rechazar.

Siempre está el poder público disconforme con la justicia: que hay muchas condenas contra el Estado, demasiados juicios ganados por particulares, condenas demasiado altas, etc. Preocupación ésta que no parece ser exclusiva del gobierno nacional, sino compartida por los gobiernos provinciales. Y que no parece haber merecido demasiados pronunciamientos en sentido contrario de los restantes grupos de poder. (O sea, proyectos de ley aumentando el número de juzgados en esta materia para llevarlo, en relación a la población, al siguiente escalón

mínimo, el de los jueces penales.)

Parece como si todos salvo algunos autores estuvieran en el fondo de acuerdo, lo mismo que en no instituir el Defensor del Pueblo, no hacer justicia barrial o de menor cuantía para la defensa del usuario y del consumidor, no promover la tutela judicial del medio ambiente y de los intereses difusos, el derecho a la salud y a la vida, etc. ¿Es de sorprender entonces que no funcionen los derechos individuales?

*3. El recargo endémico de trabajo. Resolver en contra por cuestiones formales, o entrar al fondo de la cuestión*

Para que el juez no se atenga a cuestiones formales al rechazar la acción de amparo, y sepa superar las vallas formales para hacer justicia pronunciándose sobre el fondo de la cuestión, o para animarse a dictar una medida cautelar a favor del derecho o garantía constitucional invocada, necesita él mismo no verse superado por el número y atraso de todas las causas de su juzgado y el permanente y endémico recargo de trabajo.

La jurisprudencia y los pronunciamientos denegando justicia por cuestiones procesales no son sino una respuesta inevitable de un sistema superado por lo que percibe la avalancha de casos, la agresión de los justiciables, el embate de los abogados que pretenden llevar causas a los tribunales en procura de justicia...

Les pasa quizás a veces lo mismo que a los empleados de mesa de entradas de una repartición con mucho trabajo, que ven en cada administrado un enemigo antes que un titular de derechos que deben tramitar, respetar y resolver. Le tienen fastidio desde antes que se acerque a la ventanilla, y se lo hacen sentir claramente. Un poco lo mismo ocurre cuando un letrado inicia un amparo: no es precisamente con gran simpatía que lo recibirán en el juzgado.

Si esto ocurre es humano que en una suerte de autodefensa, el sistema de órganos jurisdiccionales, camaristas, jueces, empleados, busque cerrar las vías de acceso a la justicia, y nada más fácil que hacerlo por los infinitos argumentos procesales que nuestra jurisprudencia de todos los tiempos ha sabido crear. La clave, nuevamente, es el recargo de trabajo fruto de la escasez de juzgados.

*4. El remedio heroico de la delegación de justicia*

Quienes frecuentan la experiencia de la judicatura conocen que una de las formas de enfrentar el problema del recargo de tareas es distribuir trabajo entre los empleados del juzgado.

Es un secreto a voces que los estudiantes de derecho hacen sentencias. Como nos decía un excelente juez de otra jurisdicción, a cuyo juzgado entran 6.000 causas anuales, no tiene más remedio que elegir las causas más importantes para decidir las él mismo, y en el resto, tratar de que sus empleados hagan la mejor justicia que puedan.

Pero delegar o no la justicia en los empleados, por más grave que parezca, no es lo esencial. Lo cierto es que ni siquiera con el remedio heroico de que *todos* los empleados del juzgado resuelvan, sean abogados o estudiantes de derecho, o ni siquiera estudiantes de derecho, se llega al desiderátum de un número suficiente de órganos con función jurisdiccional que puedan resolver en tiempo oportuno el número de causas que la población tiene derecho a llevar, pero no puede llevar, por falta de jueces y hasta de empleados que hagan de juez.

Faltan jueces en medida mucho más heroica que la solución heroica de que los empleados hagan sentencias.

Resulta así que tanto el rechazar acciones por aspectos formales y no de fondo, como el dictar sentencia en tiempo oportuno, o poder efectuar un más acabado estudio del caso, todo está sujeto a la condición necesaria, aunque no suficiente, de que exista un número de juzgados adecuadamente razonable en relación a la población.

##### 5. *Las presiones externas y la existencia de un Poder Judicial independiente*

En tales condiciones de fatiga crónica, de años de atraso con la pesada carga de salud mental que ello impone por la imposibilidad de salir del mecanismo con éxito, más débil resulta el poder judicial a las presiones externas y a otras deformaciones.

Cualquier lector informado que haya leído la breve explicación de JONATHAN MILLER al caso *Marbury vs. Madison* sabe que en todo caso existe un contexto sociopolítico que influye en la decisión del tribunal.

Sabe también que hay intereses sociales y económicos en juego que es necesario componer adecuadamente en el acto de hacer justicia en el caso singular.

Y no desconoce que existen cabildeos, entretelones, pasillos.

En épocas “duras,” el Ministro del Interior llamaba por teléfono al juez competente para “argumentarle” un caso, y el Juez no tenía más salida que atenderlo, y tratar de resolver justamente a pesar de ello. En épocas más “blandas,” el Presidente o el Ministro del ramo no ocultan su enojo contra los jueces por los pronunciamientos adversos a la administración, y presionan hasta presentando escritos judiciales el titular del Poder Ejecutivo, o dictando Decretos írritos pretendiendo restar fuerza ejecutoria a las sentencias condenatorias de la Nación. Los jueces, no siempre dispuestos a defender sus potestades y su independencia con énfasis categórico, a veces eluden la trampa o el cerco con artilugios procesales. Y así se va armando la compleja trama del fallido sistema jurisprudencial que tiene explicación para todo, pero respuesta para muy poco.

En esa lista de situaciones cabe incluir también las presiones que ejerce el propio medio o “familia” judicial, con su natural búsqueda de coherencia,

uniformidad, sistema, que puede también desde otra perspectiva llegar a ser conformismo a un orden establecido, resistencia al cambio, etc. Dicho más brutalmente, el poder judicial se inclina en la duda mucho más fácilmente a favor del poder estatal y en contra del derecho individual que a la inversa. Y a quien lo critica o piensa lo contrario se lo desacredita con el argumento *ad hominem* de ser “abogado del interés individual.”

Olvidando, claro está, que quienes verdaderamente abogan por el interés individual con éxito, saben que corresponde hacerlo en los pasillos, las antesalas, los almuerzos, los seminarios, las excursiones, los viajes, los alegatos de oreja, las buenas relaciones públicas con cada nivel decisorio de cada juzgado y secretaría. Así se ganan verdaderamente los asuntos, a la callada, no haciendo ruido, no moviendo la estantería, no criticando públicamente. Apoyando el sistema como bueno porque produce un buen resultado para uno. Pero lo bueno para uno, en este esquema es malo para todos, uno mismo incluido.

#### 6. *El número de causas entradas y salidas cada año*

De todos modos, aún superando presiones ajenas y careciendo de debilidades internas, aún trabajando al máximo en lo que un juez denomina “tarea de titanes:” tener al día un juzgado. Lo cierto es que cada año entran más causas de las que salen de su despacho, sin que el Poder Legislativo instituya más tribunales.

Esta necesaria correspondencia del número de jueces con la población, y esta enumeración de causas entradas por año, que del mismo modo corresponde vincular a la población, da la medida si no exacta al menos aproximativa del acceso a la justicia o su denegación y privación.

También se relaciona, desde luego, con el interés y el coraje que los particulares demuestren en defender judicialmente sus derechos frente a la administración. Pero ello depende de que existan jueces *suficientes* que puedan sin trabajo titánico darle, en tiempo *razonable*, una decisión, buena o mala, adversa o favorable, sobre el *fondo* de la cuestión. Por más dispuesto que esté alguien a cuestionar judicialmente una conducta administrativa, y aunque tenga los recursos para soportar el costo de la *litis*, y el coraje de enfrentarse con la administración, de nada le sirve todo eso si no hay jueces que tengan tiempo material de atenderlo. Y deban además sus empleados recurrir a prepararle providencias dilatorias, y los fiscales hagan lo mismo, y el juicio se eternice, la sentencia tarde años, etc.

En materia penal, a título de ejemplo, hay un juez por cada 50.000 habitantes en la Capital Federal, y un juez penal cada 300.000 o 350.000 habitantes en el Gran Buenos Aires. Si a ello se suman parecidos guarismos en materia de número de policías, móviles, institutos de detención, etc., fácil es encontrar una explicación concurrente de por qué en dicha área ciertas formas de criminalidad presentan aparentemente mayor frecuencia o en todo caso, menor efectividad de la presión del sistema institucional.

En materia civil y comercial en la Capital Federal hay juzgados donde se puede acudir a peticionar acceso a la justicia. No hay en cambio justicia barrial, ni para cuestiones de vecindad. No son eficaces los tribunales arbitrales y del consumidor previstos en sede administrativa en forma *voluntaria* para el comerciante. Tampoco los colegios profesionales de abogados han organizado eficientes tribunales arbitrales que suplan esa deficiencia, no porque no lo hayan intentado, sino porque las partes son renuentes a recurrir al arbitraje.

Pero es en materia administrativa donde la insuficiente cantidad de juzgados excede lo meramente cuantitativo para transformarse en cualitativo, en verdadera y sistemática privación de justicia.

Sigamos considerando la Capital Federal: doce jueces federales en materia administrativa para tres millones de habitantes daría un juez por 500.000 habitantes, *peor que los juzgados penales en el Gran Buenos Aires*. No sea entonces de extrañar que los índices de criminalidad en aquella zona guarden razonable comparación con las irregularidades administrativas que no pueden llevarse a la justicia en el ámbito federal.

La cuestión es con todo peor que lo que tales números sugieren, pues a los tres millones de habitantes de la Ciudad de Buenos Aires hay que agregar los cinco millones de habitantes del Gran Buenos Aires que son usuarios de los servicios concedidos o licenciados por la administración nacional (gas, teléfonos, transporte aéreo y ferroviario, electricidad, agua, etc.), y los administrados *de todo el país* que con demasiada frecuencia deben atenerse a la idea general de que deben demandar a la Nación en su propio domicilio, o sea en la Capital Federal.

Sean diez millones de justiciables potenciales, u ocho millones, o seis millones, de todos modos estamos en los grandes números: alrededor de un millón de justiciables potenciales por cada juez de primera instancia. Pensamos que desde esta perspectiva cualicuantitativa y estadística, no puede sino arribarse a la conclusión que no existe, simplemente, poder judicial al cual acceder.

Por cierto que a esta grave aseveración pueden oponérsele las aproximadamente dos mil causas que cada año entran a cada juzgado. Pero la cuenta se puede rehacer: diez millones dividido diez o doce mil implica en trazos gruesos que sólo una persona de cada mil tendrá posibilidad de acceder a la justicia, cada año. Si tomamos como ejemplo los 20.000 estudiantes de derecho, 20 de ellos pueden llegar a acceder a la justicia, estadísticamente hablando. Y si nos referimos a los más de 50.000 abogados matriculados en esta jurisdicción, ¿cuántos pueden materialmente litigar en esos doce juzgados?

### 7. *El efecto acumulativo y circular*

Ahora bien, considerando:

1°) la cantidad de valladares formales que aplica la jurisprudencia, llámense “habilitación de instancia,” “agotamiento de la vía administrativa,” plenario

*Petracca*, “vista al fiscal,” “cuestión susceptible de mayor debate y prueba,” “existencia de otra vía,” “no impugnación de actos generales en forma directa,” “no declaración de inconstitucionalidad de actos.”<sup>1</sup>

2°) la lógica incertidumbre del particular accionante contra el Estado, en cuanto al resultado,

3°) el tener que recurrir a un abogado,

4°) el necesario pago del impuesto de justicia,

5°) la previsible lentitud de la justicia, que aún andando rápido no logra estar a la altura de las expectativas subjetivas del justiciable. Éste piensa en meses, la justicia se cuenta por años.

6°) Afrontar los gastos de pericia, y otros que puedan presentarse,

7°) las costas del juicio en caso de perderlo, y

8°) teniendo en cuenta el contexto social y político en que desde el poder se presiona a los jueces, fácil es saber que de entrada se está limitando más allá de lo razonable la decisión de litigar contra el Estado, que pasa a constituir, para muchos, una hipótesis irracional, impensable, carente de sentido práctico: allí han perecido *todos* los derechos humanos frente al poder.

9°) si de cada mil justiciables sólo *uno* puede acceder a la justicia, y aún ese uno no entra al Paraíso sino a un lugar kafkiano donde habrá de librar todas las batallas que venimos de enumerar, afrontar los gastos, asumir los riesgos, exponerse al poder público, a veces a *todos* los poderes públicos, incluso la prensa, más escueta se vuelve otra vez la fila imaginaria.

Muchos dirán, muchos dicen, que ni en sueños se colocan en esa fila de aspirar a acceder a la justicia. La maldición gitana “Que tengas juicios, y los ganes,” es así una doble manifiesta imposibilidad. No es simplemente posible, estadísticamente, tener juicios contra el Estado, no más de *uno* de cada mil ciudadanos por año. No hay entonces derechos humanos tutelables en forma efectiva. La palabra “derecho” ha perdido allí toda connotación técnica realista.

### 8. *Algunas categorías teóricas de posibles justiciables sin justicia*

Son parte de los millones de usuarios queriendo reclamar por su factura de gas, de teléfono, de obras sanitarias, por el boleto de transporte, por el servicio mal prestado o dejado de prestar, por la obtención de la conexión al servicio, por los actos de la administración nacional centralizada y descentralizada, los concesionarios o licenciatarios, los entes reguladores. Son también los millones de jubilados y pensionados, los usuarios de servicios hospitalarios, los particulares en cuya privacidad invaden los medios de difusión masiva sin reconocerles el derecho de réplica y sin que la justicia restablezca el equilibrio.

<sup>1</sup> Ampliar en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., FDA, 2007, *Introducción*.

### 9. *Algunos que acceden*

En esa lista entran por fin los grandes contratistas y proveedores de la administración, los grandes intereses perjudicados o lesionados por el Estado, y alguno que otro individuo motivado o exacerbado más allá de lo razonable. Cómo para querer entablar pleito a pesar de todo... Veamos:

Allí se encuentra la selección del uno por mil que componen en materia administrativa la clientela del poder judicial existente y posible, aquel que está concebido a razón de un juez y dos mil causas por cada millón de habitantes o más.

¿Puede uno extrañarse que los juicios contra el Estado, en tal situación de inaccesibilidad de la justicia, estén constituidos por dos grandes grupos de casos:

a) los asuntos de elevado monto económico, en que el empresario no tiene más remedio que sortear todas las vallas, afrontar todos los riesgos, soportar todos los costos del sistema, para intentar recuperar el quebranto que el Estado le impuso;

b) los asuntos “exóticos,” “raros,” “quijotescos,” “de moda,” etc.: aparecen allí de tanto en tanto los derechos de incidencia colectiva, de éxito variable.<sup>1</sup>

### 10. *El mito del acceso a la justicia, la realidad de su constante privación*

Si éstas fueren conjeturas razonables, cabe entonces concluir que en la Argentina de hoy y de siempre, a nivel nacional —¿y por qué no al provincial?— el acceso real y efectivo constituye nada más que un mito, nunca una posibilidad real y concreta al alcance de todos y cada uno de tales miles y millones de ciudadanos.

Si todos tomáramos conciencia que esta realidad impide la vida civilizada en sociedad, consagra la ley de la selva, la justicia por mano propia, la venganza, la corrupción, el amiguismo y la influencia como modos de encarar los asuntos de la administración pública por los particulares, o el descreimiento, la desesperanza, la falta de fe, el cinismo, y si queremos paliar o evitar todo esto y tener realmente vigente un eficaz acceso material a la justicia en materia administrativa, entonces podremos pasar al punto siguiente, la inevitable primera conclusión posible.

Hay que aumentar el número de jueces en materia administrativa para que llegue por lo menos al número de jueces penales por habitante, y todavía sería ínfimo. Un juez por cada 50.000 usuarios de los servicios nacionales, a razón de ocho o diez millones, da como resultado doscientos juzgados contencioso administrativos más en el orden nacional, nada más que en primera instancia.

Hoy hay doce, antes había tres o seis, mucho antes había uno. Saque el lector las conclusiones, diga el lector si con esta relación de usuarios—juzgados—causas, existe en la realidad, el acceso a la justicia en materia administrativa, si hay derechos humanos vigentes en nuestro medio.

<sup>9,1</sup> Ampliar en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, caps. II y III.

<sup>1,1</sup> Ver, p. ej., la clásica obra de BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales admi-*

### 11. *¿Existen soluciones?*

En las actividades de aprendizaje y enseñanza que complementan esta introducción general, se pueden trabajar no menos de diez alternativas parciales de mejorar la situación, aún ante la inacción de los Poderes Legislativo y Judicial.

Pero antes de pasar a ellas, insistamos en algunas otras soluciones parciales, o sucedáneos, que sin ser tan útiles como un número adecuado de juzgados al menos pueden ofrecer paliativos de menor valía. Creemos justicia barrial y de menor cuantía, si se puede y los poderes quieren. Pero no dejemos de analizar la justicia de menor cuantía como complemento no excluyente de la verdadera justicia que debiéramos tener pero no tenemos. Hablemos también, entonces, de sucedáneos menos buenos, para suplir en algo la indefensión hasta que haya jueces verdaderos en números suficiente como para proveer justicia. Asumamos el subdesarrollo.

Y vayamos tomando nota, sin desesperar, de los fracasos, como tribunales arbitrales y de derechos del consumidor, creados por el decreto como opción para el comerciante, que éste por ahora y salvo pocas excepciones, no acepta.

### 12. *La justicia pública no estatal a cargo de los Colegios Profesionales*

Los colegios profesionales creados por ley, como el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, o los distintos Colegios de Abogados de las provincias argentinas, se encuentran en grave falencia de soluciones creativas para el problema descrito.

En lugar de insistir en mínimas cargas públicas para jóvenes abogados, de asumir la defensa de personas sin recursos, los Colegios profesionales deberían crear tribunales arbitrales gratuitos en torno a una agrupación cualquiera de alguna de las siguientes posibles ideas:

1°) ser constituidos como jurisdicción voluntaria,

2°) ser barriales o vecinales, sin perjuicio de organizar también tribunales arbitrales a nivel centralizado del Colegio, para asuntos de alza o mayor envergadura,

3°) en una alternativa, estar a cargo de abogados del foro con experiencia de veinte a treinta años en la profesión, que como carga pública gratuita o remunerada por hora de trabajo, tengan que atender obligatoriamente una vez por semana, o por mes, o rotativamente, sin desatender el giro normal de su profesión, la resolución de las contiendas que las partes sometan voluntariamente al Colegio Público para su decisión como tribunal arbitral,

4°) en otra alternativa, crear nuevos puestos de trabajo a abogados de la matrícula que se presenten voluntariamente a concursos públicos de oposición a fin de ser designados por períodos determinados de tiempo como magistrados arbitrales, a ser remunerados conforme la carga horaria que los asuntos sometidos a su jurisdicción razonablemente requiera,

5°) soluciones intermedias de tribunales arbitrales colegiados compuestos al par de jóvenes profesionales y otros con experiencia, o incluso presididos por magistrados o ex magistrados del foro, en todos los casos sin desmedro de su función u ocupación habitual, pero aprovechando su experiencia,

6°) el procedimiento podría ser verbal y público, sin perjuicio del derecho de las partes de presentar también las piezas principales del proceso (demanda y contestación, alegato), también por escrito,

7°) el procedimiento debiera prever que las audiencias de testigos y toda la prueba que ambas partes, actora y demandada, acuerden producir privadamente, pueda ser válidamente introducida de ese modo, sin perjuicio de la facultad del tribunal arbitral de ordenar la nueva producción de alguna prueba u otra que estime conveniente de oficio,

8°) si bien se piensa, aumentar de este modo el número real de tribunales a los cuales acceder a procurar justicia, no sólo permitiría mejorar en algo la privación generalizada de justicia que padecemos, sino que hasta brindaría nuevas y hoy inexistentes fuentes de trabajo a los jóvenes abogados que no tienen clientes ni tribunales.

### 13. *Apreciación general*

Es una llamativa deficiencia de la profesión que nos agrupa, que otras instituciones públicas o semipúblicas como la Bolsa de Comercio hayan creado tribunales arbitrales, y el propio Colegio de Abogados no ofrezca un servicio eficaz, operativo, de esa naturaleza a toda la sociedad que tanta dificultad o imposibilidad tiene de acceder a la justicia estatal.

No sería demasiado difícil a un Colegio imaginativo y creativo instituir las condiciones necesarias de imparcialidad, gratuidad e independencia para que el profesional que actúe como magistrado sea un verdadero tercero desinteresado del proceso.

Lo han hecho todos los tribunales internacionales que existen en el mundo, que son integrados por profesionales con actuación concreta y se reúnen dos o más veces al año para resolver las causas sometidas al tribunal, sin que su condición de abogados fuera de ese tribunal haya sido jamás óbice para un juzgamiento imparcial e independiente.

Pueden hacerse combinaciones con tribunales colegiados, que presida p. ej. un magistrado del poder judicial que como tarea privada y personal de bien común acceda a prestar el servicio de integrar un tribunal público no estatal; pueden buscarse profesionales que por su larga actuación y el tipo de asuntos que atienden habitualmente en la etapa de su vida profesional en que se encuentren, tengan verdadero desinterés del resultado de la causa o del tipo de causa en la cual le tocará intervenir.

Todo ello puede y debe supervisarlo el Colegio, estando atento a corregir las

posibles desviaciones que se produzcan.

Hay más que se puede hacer, liberando la imaginación creadora. Veamos.

## II. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS COMO COMPLEMENTO O PALIATIVO ANTE LA PRIVACIÓN DE JUSTICIA

### 1. Introducción. ¿Opción excluyente?

Una de las cuestiones discutidas en el derecho administrativo de América Latina y comparado es la de si los actos administrativos deben ser juzgados por tribunales judiciales y cuáles en su caso, o por tribunales administrativos:<sup>1</sup> el criterio que parece ser mayoritario se inclina generalmente por el juzgamiento exclusivo a cargo de tribunales judiciales,<sup>2</sup> sin creación de tribunales administrativos, y el debate se ha centrado en realidad alrededor de si tales tribunales judiciales deben ser los ordinarios, o deben ser tribunales comunes con competencia contencioso-administrativa, o si deben ser tribunales especiales de naturaleza judicial.<sup>3</sup>

En el Derecho fiscal en cambio han nacido y se han desarrollado tribunales que en su origen son considerados administrativos, dotados de gran autonomía, que tienen a su cargo —en forma optativa o no— la resolución de las controversias de los contribuyentes con la administración activa, y respecto de cuyas decisiones existe ulterior revisión judicial, sea amplia o limitada. Ello ocurre, p. ej., en la Argentina,<sup>4</sup> Brasil,<sup>5</sup> México,<sup>6</sup> etc., y tiene antecedentes también en el resto del

*nistrativos para juzgar a la administración pública?*, Buenos Aires, 1951; SEABRA FAGUNDES, M., *O contrôte dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 5ª ed., Río de Janeiro, 1979, pp. 122-128; GONZÁLEZ COSÍO, ARTURO, *El poder público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, México, 1976, p. 60 y ss., aunque también se discute en México el sistema de organización del control Judicial, GONZÁLEZ COSÍO, *op. cit.*, p. 103, y sus referencias; NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959. También cabe mencionar los mecanismos judiciales por los cuales se ejerce control constitucional que explica FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980, p. 135 y ss., ya que como este autor señala, la administración, “debido a su desbordamiento en todos los campos, se ha transformado en la fuente esencial de las violaciones a los derechos.” (p. 23.) También en Europa el énfasis ha sido puesto en el control judicial de los derechos individuales: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979.

<sup>1,2</sup> O sea, en favor de no crear tribunales administrativos y mantener exclusivamente el control judicial amplio, sea a través de la jurisdicción común o de una jurisdicción especial usualmente llamada contencioso-administrativa. Por nuestra parte, y con aplicación al caso argentino y sus normas constitucionales vigentes, nos hemos pronunciado antes de ahora por la *indispensable revisión judicial amplia*, lo que sin duda *no excluye* la posibilidad, que ahora analizaremos, de una *previa* revisión por tribunales administrativos que no impida *in limine* la posterior revisión judicial; ver, al respecto, GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 8ª ed., Buenos Aires, 2003, cap. IX, § 7 y ss.; t. 2, 8ª ed., *op. cit.*, cap. XV.

<sup>1,3</sup> De naturaleza judicial por sus condiciones de absoluta imparcialidad e independencia, potestades, etc., sin perjuicio de que pueda ser organizado en forma autónoma no sólo de la administración, sino también del Poder Judicial tradicional, como ocurre con el Consejo de Estado en Colombia.

<sup>1,4</sup> Es el Tribunal Fiscal de la Nación, contra cuyas decisiones existe un recurso llamado de “apelación limitada” por ante la justicia, art. 174 de la Ley 11.683, t.o. 1978. Ver GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA, *Procedimiento tributario*, Buenos Aires, 1974; VILLEGAS, HÉCTOR, *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*, 3ª ed., t. 1, Buenos Aires, 1979, p. 350 y ss.

Derecho comparado.<sup>7</sup> Cabe señalar desde ya que la experiencia no ha sido en absoluto negativa en cuanto a la posibilidad práctica ofrecida a los justiciables, en el caso contribuyentes, de obtener una revisión imparcial e independiente de los actos tributarios que los afecten, primero ante estos tribunales administrativos y luego ante la justicia.

Trataremos aquí de brindar elementos de análisis para discutir si se trata de un sistema susceptible de ser extendido del ámbito fiscal al administrativo, manteniendo una posterior revisión judicial *amplia* de lo resuelto por el tribunal administrativo, sea por parte de los tribunales judiciales comunes con competencia fiscal o contencioso-administrativa, sea de tribunales judiciales especializados y diferenciados.<sup>8</sup>

Adelantamos, desde ya, que lo que nos interesa principalmente a los efectos de este trabajo no es tanto la experiencia concreta de los tribunales fiscales en cuanto se aproximan a los tribunales judiciales, sino el concepto de instituir un sistema de tribunal *administrativo*, independiente e imparcial, pero próximo a la administración, ante el cual se puedan recurrir actos administrativos y contra cuyos pronunciamientos exista luego revisión judicial amplia y plena. O sea, que exista aunque mas no sea una modestísima instancia a la cual acudir en procura de la defensa de los derechos humanos conculcados por la misma administración.

## 2. Imparcialidad e independencia

<sup>1.5</sup> Ver BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, ps. 199-200; también existe en Brasil, como en otros países, un Tribunal Marítimo Administrativo, de cuyos actos existe revisión judicial: Seabra Fagundes, *op. cit.*, pp. 141-142.

<sup>1.6</sup> Se trata del antiguo Tribunal Fiscal de la Federación, que explica SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., t. II, México, 1974, p. 552 y ss.; FRAGA, GABINO, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., México, 1958, p. 505 y ss.; ver también HEDUÁN VIRUÉS, DOLORES, *Hacia un tribunal federal de justicia administrativa*, en el libro de homenaje a FRAGA, GABINO, *Estudios de Derecho público contemporáneo*, México, 1972, p. 129 y ss.

<sup>1.7</sup> Ver BREWER CARIÁS, ALLAN-RANDOLPH, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisdicción venezolana*, Caracas, 1964, pp. 443-444.

Un antecedente inmediato de estos tribunales administrativos en materia fiscal que dejan expedida la posterior revisión judicial de lo resuelto por ellos, lo encontramos en los tribunales económico-administrativos españoles, que sin integrar el Poder Judicial ni tener reconocidas funciones jurisdiccionales tienen, sin embargo, “una cierta independencia en la medida en que no están insertos en la organización administrativa a través de vínculos jerárquicos,” como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 571. Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, Madrid, 1975, p. 320 y ss.

<sup>1.8</sup> Para la cuestión terminológica nos remitimos a las aclaraciones hechas en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, caps. XIII, § 1 a 4 y ss.; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Lo contencioso-administrativo y la Constitución nacional*, LL, 81:830, 842 y ss.

<sup>2.1</sup> Para un mayor desarrollo nos remitimos a GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. VIII, § 8 y ss.; cap. IX, § 7.

<sup>2.2</sup> Ley 167 de 1941, arts. 23 (funciones consultivas, administrativas y jurisdiccionales), 45 y 46. (Iguales derechos, prerrogativas y estabilidad que los miembros de la Corte Suprema de Justicia.) Véase VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Bogotá, 1980, p. 459 y ss.

<sup>3.1</sup> CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d'État et la protection des libertés publiques*, París, 1980, p. 16;

Con todo, antes de entrar al análisis del tema conviene introducir algunas aclaraciones o precisiones terminológicas en cuanto al sentido con el cual empleamos la palabra “tribunal”, que por cierto es susceptible de divergentes estipulaciones.

No consideramos incluido dentro del concepto de “tribunal,” sea judicial o administrativo, a aquel cuerpo que carezca de un mínimo elemental de *imparcialidad* e *independencia*.<sup>1</sup> Imparcialidad en el sentido de no ser parte ni tener interés en el proceso, no haber tenido intervención activa en la producción de los actos que serán sometidos a su juzgamiento, no ser superior jerárquico de los autores de tales actos; es el sentido de tercero desinteresado del proceso, en palabras de CARNELLUTI.

Independiente, por no estar a su vez sometido a instrucciones u órdenes superiores de la administración activa. Si se planteara el caso de algunos órganos de la administración, que sin perder su condición de tales tuvieran al mismo tiempo la función de dictar los actos sujetos a contralor y de controlarlos ulteriormente, entonces no estaríamos ya hablando de tribunales administrativos, sino de simples órganos administrativos de los cuales se podrá, en todo caso, discutir si están o no ejerciendo, *además*, alguna función jurisdiccional. A los efectos de este trabajo, dichos órganos administrativos con pretendida función jurisdiccional están excluidos del análisis. A la inversa, puede también darse el supuesto de órganos con una imparcialidad e independencia en un todo análoga a la del Poder Judicial tradicional —que permita en verdad considerarlos con ese alcance parte del Poder Judicial—, que tengan, sin embargo, atribuida por la Constitución y por la Ley, además de sus facultades jurisdiccionales, funciones administrativas y consultivas: tal el caso del Consejo de Estado en Colombia;<sup>2</sup> esos supuestos quedan comprendidos en este estudio, pero en cuanto órganos judiciales o jurisdiccionales.

### 3. *Algunas limitaciones comunes*

A su vez, conviene adelantar y recordar que existen algunas limitaciones al funcionamiento de los tribunales, tanto administrativos como judiciales, que hasta ahora no se han podido evitar en forma sistemática. La panacea para la defensa de los derechos humanos no aparece en unos ni en otros.

#### 3.1. *Lentitud*

En primer lugar, la lentitud del procedimiento desde que se inicia con el recurso o acción del particular hasta que se dicta sentencia definitiva; aun en el Consejo

similares observaciones hemos efectuado al funcionamiento de los tribunales judiciales en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, caps. XIII a XV. En materia fiscal, esta experiencia se halla consagrada a nivel de principio con la regla *solve et repete* que explicamos en dicho cap. XIII, § 9.7, pp. 47 y ss.

<sup>3.2</sup> La inquietud por la lentitud y el costo del control es generalizada y, p. ej., en Paraguay la recoge

de Estado francés “tres o cuatro años entre la decisión y su anulación se deslizan la mayor parte del tiempo, lo que quita toda eficacia práctica a la medida tomada. Es cierto que existe la posibilidad para el Consejo de Estado de ordenar la suspensión de la ejecución... Pero de hecho, la suspensión es una medida excepcional que el Consejo de Estado no toma sino raramente.”<sup>1</sup> Más o menos lo mismo puede decirse en la generalidad de los países de América Latina, tanto en los tribunales judiciales como administrativos.<sup>2</sup>

### 3.2. *Eficacia*

En segundo lugar, difícilmente en materia administrativa el tribunal mismo, sea el judicial o administrativo, se ocupará de tomar medidas que aseguren el cumplimiento de su pronunciamiento, y es dudoso que en la *práctica* tenga la potestad *efectiva* para hacerlo en contra de la voluntad administrativa.<sup>3</sup> El pronunciamiento que anula un acto administrativo puede ser desoído y sobre todo la administración puede no sacar necesariamente todas las conclusiones,<sup>4</sup> lo que hace que su autoridad sea fundamentalmente moral; ello no lo torna en modo alguno ineficaz, pero sí menos eficaz que lo que teóricamente podría argüirse que debe serlo.

### 3.3. *Reparación*

En tercer lugar, salvo en los asuntos puramente pecuniarios en los cuales exista una medida cierta del perjuicio material sufrido por un individuo, no puede esperarse demasiado de una indemnización por daño moral, puesto que “el perjuicio que causa a los ciudadanos la privación de una libertad no es sino moral; qué indemnización sino simbólica podría reclamar el ciudadano que no

PUCHETA ORTEGA, JUSTO, *Lo contencioso-administrativo*, Asunción, 1973, p. 19, recordando iguales reflexiones del derecho anglosajón y de BOSCH, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública*, *op. cit.*

<sup>3.3</sup> En el caso de los tribunales judiciales no cabe dudar en el plano constitucional y legal que ellos tienen las más amplias facultades para ordenar a la administración el pleno e irrestricto cumplimiento de sus sentencias; pero la práctica enseña que en las cuestiones administrativas la morosidad administrativa en el cumplimiento de la sentencia judicial, o el parcial o ineficaz cumplimiento de la sentencia, o la creación de nuevas situaciones administrativas que de hecho indirectamente desconocen lo antes resuelto por la justicia, no siempre es encarado con vigor y eficacia por los tribunales. La sentencia no termina el problema, aunque brinda la base moral necesaria para luego concluirlo en la práctica con la administración.

<sup>3.4</sup> CALON, *op. loc. cit.*

<sup>3.5</sup> CALON, *op. loc. cit.* Hemos comentado el problema y sugerido algunas posibles vías de solución en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, caps. XIII y ss.

<sup>4.1</sup> Según los casos y los países, éstas pueden ir desde la exención de impuesto a los réditos, el derecho a no sufrir descuentos compulsivos de ninguna índole (v.gr., obras sociales), la inamovilidad mientras dure su buena conducta (con la garantía de no poder ser removidos de sus cargos, sino por juicio político, y no por mero acto administrativo), etc.

<sup>4.2</sup> P. ej., la facultad de disponer allanamientos sobre las oficinas públicas, la de llamar a deponer como testigos con posibilidad de que el testigo incurra en falso testimonio, la de disponer, en general,

ha podido asistir a una ceremonia religiosa, a una reunión política, que no ha podido comprar su periódico habitual o ver un film que la crítica le recomendaba... la indemnización a las víctimas de violaciones a las libertades no tiene alcance disuasivo.”<sup>5</sup>

### 3.4. *Influencias subjetivas y objetivas*

En cuarto lugar, dado que tanto magistrados judiciales como miembros de tribunales administrativos son seres humanos, es obvio e inevitable que sus respectivas creencias, sensibilidades, personalidades y orientaciones jurídico-políticas hayan de influir sus pronunciamientos y que ellos hayan de ser influenciados a su vez por las circunstancias y el tiempo en que les toca desarrollar su función.

P. ej., quienes tengan una formación de Derecho administrativo y fiscal que ponga más énfasis en la autoridad, encontrarán campo más propicio para el desenvolvimiento y aplicación de sus convicciones en gobiernos autoritarios; a la inversa, quienes tengan una formación con mayor énfasis en la protección de la libertad individual frente a la administración, encontrarán ámbito más natural para el desarrollo de sus principios en gobiernos democráticos, y les será más difícil hacerlo en gobiernos autoritarios.

## 4. *Prerrogativas y limitaciones*

Limitándonos pues a los tribunales administrativos dotados de un margen mínimo razonable de imparcialidad e independencia, las notas salientes para distinguirlos de los tribunales judiciales suelen estar dadas por aspectos en parte formales y protocolares, y desde luego en parte también de fondo. Bajo el aspecto formal, es usual señalar que los miembros de los tribunales administrativos no integran el Poder Judicial y no tienen las prerrogativas de los magistrados judiciales,<sup>1</sup> e incluso ocurre a veces que su *status* social, e incluso su ingreso, puede ser comparativamente menor.

En cuanto a sus atribuciones procesales, básicamente carecen de las facultades de imperio propias de la justicia<sup>2</sup> y no tienen la potestad de la *executio* de sus actos.

Existen también obvias diferencias protocolares: los magistrados judiciales están obligados por normas sociales a una importante serie de principios y limitaciones que conforman su independencia, entre otras cosas, a través de su reticencia y discreción. Generalmente, las Cámaras o Cortes hacen respetar por parte de los magistrados inferiores normas atinentes al decoro judicial, a la

el auxilio de la fuerza pública, embargar y ejecutar bienes, etc.

<sup>5.1</sup> La situación está cambiando, como explicamos en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 8ª ed., 2004, *Introducción* y cap. XII, § 12. En Costa Rica, en doctrina se admite la reforma del acto como objeto posible del contencioso-administrativo: ver ORTIZ, EDUARDO, *Materia y objeto del contencioso-administrativo*, en “Revista de Ciencias Jurídicas,” n° 5, San José, 1965, p. 47.

<sup>5.2</sup> Ampliar en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *op. cit.*, *Introducción*, pp. 15-16; *Miranda*, Sala III, DJ, 1999, 328-9.

limitada o ninguna aparición de los jueces en medios de comunicación de masas (entrevistas periodísticas, conferencias de prensa, etc.), a la limitada actividad de divulgación docente. (Conferencias, cursos, etc., que están permitidos, pero siempre controlados en lo que hace al *quantum*.) Hasta podría decirse que no sería bien visto, aunque quizá no sería objeto de controles formales, el tiempo mismo de relación y grado de frecuentación que un magistrado tenga con funcionarios administrativos; p. ej., con aquellos mismos a los cuales tiene la función de controlar. De algún modo, no se imagina uno a un magistrado asistiendo personalmente a reuniones administrativas, discutiendo con funcionarios públicos en los despachos de éstos, etc.

Trataremos de ver en este acápite cómo estas diferencias, concebidas correctamente para el fortalecimiento de la justicia y en defensa última de los propios intereses de los individuos que requieren tutela de sus derechos, conforman un mecanismo de control que puede no ser suficiente por sí para garantizar a los particulares la mejor defensa; que quizá quepa analizar si no le conviene mejor al individuo tener la doble opción de recurrir primero a tribunales administrativos y dejar para una ocasión ulterior, si aún lo necesita, el poder acudir a una instancia judicial.

Y además podrán ampliar el acceso de mayores capas sociales a una forma debilitada, pero mínima y no excluyente, de tutela de sus derechos.

## 5. *Potestades teóricas y prácticas*

### 5.1. *La reforma o sustitución del acto*

En efecto, sin perjuicio de que todas esas potestades aparecen *prima facie* como robustecedoras de los magistrados judiciales, es necesario también destacar algunas particularidades sustanciales de las atribuciones de los tribunales administrativos, y algunas peculiaridades del desempeño concreto de sus funciones.

Desde el punto de vista de las facultades sustanciales de un tribunal administrativo en comparación a uno judicial es frecuente encontrar, en la doctrina o en la jurisprudencia, la tesis de que el tribunal judicial está limitado en cuanto a sus potestades revisoras respecto de los actos administrativos. Según los casos se dirá que puede anular los actos que repute nulos, pero que no puede reformarlos o sustituirlos, que no puede tampoco emitir un acto administrativo nuevo, o aun realizar siquiera la conversión de uno parcialmente inválido.<sup>1</sup>

Esta limitación a la potestad judicial, que muchos autores consideran una social... a través de las técnicas participativas.”

<sup>6.1</sup> Esto, por nuestra tradición jurídica que excluye razonamientos del tipo de los frecuentes en la jurisprudencia de intereses, para no dar sino un ejemplo. Véase al respecto ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires 1963, cap. IV.

<sup>6.2</sup> Los tribunales administrativos tienen algunos rasgos en común con la institución del *Ombuds-*

forma de garantizar a la inversa la división de los poderes, de tutelar a la administración frente a una “excesiva” injerencia judicial, opera en verdad, claramente, en contra de la eficacia de tales tribunales para brindar respuesta eficaz y justa a los individuos que recurren a ellos en busca de justicia. Pues sabido es que raramente una cuestión se presentará nítida en blanco y negro que haga fácil al tribunal optar por la validez o la invalidez, lisa y llana, del acto impugnado.

La más de las veces la cuestión aparece llena de matices y zonas grises, en las cuales el observador medio se verá con frecuencia inclinado a pensar que la solución justa es, de algún modo, intermedia: ni sostener el acto impugnado, tal como él está, ni tampoco invalidarlo totalmente. La solución práctica que a criterio del observador sería en tal caso justa, es así intuitivamente la reforma o sustitución del acto. Los tribunales judiciales han comenzado a hacerlo,<sup>2</sup> pero no es una solución uniforme.

Por contraste, el tribunal administrativo tiene usualmente mayor latitud para el desempeño de su función de contralor que aquella de que dispone el tribunal judicial. No habrá lesión que a nadie se le ocurra invocar del principio de la separación de los poderes, en perjuicio de la administración actuante, si modifica o sustituye el acto. Y si en algún caso el sistema legal no le permite al tribunal administrativo emitir él mismo el acto, ello puede no excluir que en todo caso emita una orden, o aún un mero consejo o dictamen, en el sentido de que lo que conviene hacer, lo que *debe* hacer la administración activa, es tal o cual acto y no el anterior impugnado ante sus estrados. Nada de eso puede normalmente hacer el tribunal judicial.

## 5.2. *El control de mérito o conveniencia*

A más de la diferencia expuesta en cuanto a potestades de los órganos administrativos y judiciales, cabe recordar aquella clásica según la cual los tribunales judiciales sólo pueden pronunciarse sobre la legitimidad de la conducta administrativa, en tanto que los órganos administrativos revisores pueden apreciar tanto la legitimidad como la oportunidad de los actos recurridos. Si bien los tribunales administrativos existentes muestran una tendencia a considerarse a

<sup>5.3</sup> SERRA ROJAS, *op. cit.*, t. II, p. 523; Tribunal Fiscal de la Nación, en la Argentina, etc.

<sup>5.4</sup> BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 441. Una tendencia parecida parece campear en el trabajo de HEDUÁN VIRUÉS, *Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, art. citado, al comentar el proyecto de erigir el Tribunal Fiscal de la Federación, de México, en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

<sup>5.5</sup> Ver nuestro libro *Problemas...*, *op. cit.*, cap. IV.

<sup>5.6</sup> Nos remitimos a GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. X, § 15 y sus referencias.

<sup>5.7</sup> RIALS, STÉPHAN, *Le juge administratif français et la technique du standard*, París, 1980.

<sup>5.8</sup> Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 79, “La oportunidad de la decisión se mide normalmente... por su adecuación a las demandas sociales y por su aceptación por el cuerpo

su vez tribunales “de derecho,”<sup>3</sup> e incluso a asimilarse a los tribunales judiciales en tantos aspectos como sea posible,<sup>4</sup> de todos modos tienen mayor margen de posibilidad teórica y práctica de pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de la conducta administrativa,<sup>5</sup> en tanto que los jueces por principio no pueden hacerlo salvo que lo encuadren dentro de principios jurídicos elásticos como la razonabilidad,<sup>6</sup> el *standard*,<sup>7</sup> etc.

Desde luego, no sólo y no meramente con tribunales administrativos podemos corregir la generalizada inexistencia o falencia de controles de oportunidad o mérito; no ha de olvidarse que la participación es fundamental elemento de control de conveniencia u oportunidad<sup>8</sup> y que también el Ombudsman lo es. Hace falta, pues, un esfuerzo concertado y sistemático para lograr dar vida a un sistema de control que tutele la conveniencia de la conducta administrativa.

### 5.3. *La posibilidad de aconsejar*

Si bien de hecho nada impide a un tribunal judicial en el acto de dictar sentencia hacer consideraciones sobre lo que a su juicio sería conveniente que hiciera la administración, ello sólo ocurre cuando la justicia encuentra flagrantes vicios o errores. De algún modo es normal que el Juez se limite a resolver en derecho el caso litigioso, sin pronunciarse sobre otros aspectos de política administrativa que el caso le sugiera.

Un organismo administrativo, o un tribunal administrativo, podría en cambio encontrar algo más fácil efectuar consideraciones de aquella índole cuando lo crea conveniente. Incluso puede la ley asignarle en forma expresa funciones consultivas, además de las funciones decisorias que le atribuya. En una buena cantidad de supuestos importa no sólo y no tanto la irregularidad que se haya cometido en el caso concreto sometido a decisión jurisdiccional, sino fundamentalmente detectar —y corregir— la *causa* de que tal irregularidad haya podido ser cometida.

Si la causa de una irregularidad es simplemente el error o la venalidad de un funcionario concreto, ello es mucho menos grave que cuando lo es un sistema administrativo dado, una reglamentación vigente, una práctica inveterada, una creencia equivocada de la administración. Pues, en todos estos casos, al no corregirse en el pronunciamiento la causa que permitió que el error o la irregularidad ocurriera, se está de hecho permitiendo la infinita repetición del vicio con el consiguiente desgaste jurisdiccional, administrativo y privado. Por no destacar el grave daño a la sociedad que tales irregularidades ocasionan.

Dado que muchas veces la causa de que se haya emitido un acto inválido o se haya realizado una conducta reprochable, no es la ignorancia o malicia del

*man*, en cuanto posibles arbitradores o conciliadores entre la administración y los administrados.

<sup>7.1</sup> Desde luego, no estamos aquí aconsejando el secreto ni la reserva en materia administrativa, tema éste al cual hemos dedicado largas páginas de crítica en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, *Procedimiento y recursos administrativos*, 9ª ed., 2006, cap. IV, y que también

funcionario actuante, sino un procedimiento errado o inválido que se ha aplicado en el caso, estimamos de fundamental importancia que el tribunal pueda y, más aún, deba sugerir o disponer tantos cambios normativos como fueren necesarios en sede administrativa. Ello, como es lógico, más lo puede hacer un tribunal administrativo que uno judicial.

6. *El rol del tribunal. Imagen en la opinión pública y su efecto sobre las potestades reales*

Debe también mencionarse como dato de importancia que en la opinión pública de casi todos los países se identifica al tribunal judicial como el órgano por excelencia de control del gobierno, y en cambio se percibe a los tribunales administrativos como una suerte de integrante más de ese gran cuerpo amorfo e inorgánico que es la administración pública. Incluso puede llegar a afirmarse que si bien socialmente es elemento de prestigio integrar el Poder Judicial, no lo es en igual medida integrar un tribunal administrativo. Para la opinión pública no informada, la prensa, la televisión, etc., sus miembros son, en definitiva, parte de la administración pública.

Ello significa, entre otras cosas, que al estar menos inmunes a las influencias y presiones del medio de lo que formalmente está el Poder Judicial, pueden también recibir argumentaciones y puntos de vista constantes y fluidos tanto de los propios sectores administrativos interesados como de los particulares afectados. La mayor fluidez posible de las comunicaciones, sin la formalización más estricta del proceso judicial, sirve a su vez a la posible búsqueda de soluciones que en mayor medida puedan satisfacer los intereses de ambas partes y de la sociedad en su conjunto.

Por lo tanto, el tribunal administrativo tiene un margen más cómodo para intentar informalmente averiguar la verdad material y no sólo formal de los hechos sometidos a su decisión, de informarse más adecuadamente de las políticas generales que el gobierno trata de seguir en la materia y de indagar cómo mejor se puede adecuar a tales políticas generales una decisión justa en el caso particular y armoniosa en la sociedad; de cómo se puede armonizar el interés de la administración con el derecho del particular. Estas cuestiones también, sin duda, están presentes en el ánimo judicial, pero al no poder expresarse pública y fácilmente, al no poder de hecho tampoco traducirse en argumentos formales del fallo,<sup>1</sup> son más difíciles de manejar por parte del magistrado judicial. Y ciertamente que un Juez no podría sin desmedro a su decoro, recato

merece general interés; p. ej., ROWAT, DONALD C. (compilador); *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Nueva York, 1979. Pero sí se trata de considerar que es prudente en un tribunal administrativo, y contribuye a su eficacia, que no tenga él mismo la iniciativa de dar a luz en lo inmediato los pronunciamientos que dicte en sentido contrario a la administración, cuando el tema tiene una actualidad que lo hace políticamente explosivo para las más altas esferas gubernativas.

<sup>8.1</sup> LONG, M., WEIL, P. y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7ª ed.,

y prestigio, andar reuniéndose con funcionarios públicos para tratar de hallar una solución al problema, ni andar preguntando a la gente qué piensa sobre tal o cual asunto sometido a su decisión. Todo eso, en mayor medida que el Juez, sí lo puede hacer el miembro de un tribunal administrativo. Y es precisamente esa mayor libertad informal de reunirse, discutir, averiguar, informarse, debatir, conciliar, lo que le permite entonces en mayor grado encontrar, o tratar de encontrar, soluciones que den respuesta al anhelo de justicia del administrado sin perturbar innecesariamente las políticas generales del Estado.<sup>2</sup>

A ello cabe unir un segundo elemento de fundamental importancia práctica: para la opinión pública no informada, y hasta para la informada, el tribunal judicial es, cuanto menos, un “adversario” de la administración, y puede hasta ser su “enemigo.” Más a veces que el enemigo o adversario verdadero. El tribunal administrativo, en cambio, para esa misma opinión pública no informada, es un “colaborador” de la administración, un arbitrador o componedor entre ella y el quejoso, raramente un adversario del gobierno y jamás un enemigo. No importa mucho que estos estereotipos sean ciertos o no; no importa que se puedan citar casos de tribunales judiciales administrativos valientes, severos y hasta demasiado exigentes con la administración. Lo que importa, porque ello determina el grado de latitud de movimiento que luego tienen, es cómo los percibe y qué rol les asigna la opinión pública.

El tribunal judicial, que asegura su independencia a través de su distancia de la administración, no puede precisamente por ello actuar como componedor o arbitrador; el tribunal administrativo, por su mayor proximidad al menos aparente a la administración, puede en cambio obrar con mayor latitud buscando soluciones intermedias que mejor conjuguen ambos intereses en juego.

### 7. *La repercusión periodística de sus pronunciamientos. La publicidad*

Dado que esa opinión pública los percibe a los unos como adversarios y no así a los otros, que hasta pueden llegar a ser vistos como colaboradores, sus respectivas sentencias o pronunciamientos son recibidos de muy distinto modo por la prensa: una sentencia judicial adversa a la administración pública necesariamente tiene repercusión periodística y constituye entonces un motivo de embarazo para ella; un pronunciamiento adverso de un tribunal administrativo no es digno en

París, 1978, ps. 221-222. En el mismo sentido observa el Consejero de Estado M. SOUDET, en CONSEIL D'ÉTAT, *Études et documents*, París, 1978-1979, p. 66, comentando el caso del film *La Religieuse*, que fuera prohibido en 1966 y cuya prohibición fuera anulada en 1975, que el fallo “no tiene sino valor como anécdota:” el debate violento que el film había ocasionado en la opinión pública en 1966 había mientras tanto desaparecido.

<sup>8.2</sup> CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d'État et la protection des libertés publiques*, París, 1980, mimeog., p. 17. El tema viene, desde luego, de larga data, como que ya fue señalado por HAURIU, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, 1929, p. 649, a quien hemos transcripto en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, op. cit., cap. XVIII, § 1, que repetimos con

cambio de especial mención periodística.

Por lo demás, y dada la saludable vigencia judicial del principio de publicidad de los actos estatales, a nadie se le ocurriría ocultar o retacear al conocimiento del público una sentencia judicial que ha sido dictada en materia administrativa. En cambio al tribunal administrativo, por estar en alguna medida comprendido dentro del rol aparente de integrar o ser parte de la administración, le es más fácil en los asuntos sometidos a su juzgamiento evitar la inmediata repercusión periodística; le es más fácil disponer durante un lapso que solo las partes tengan acceso a sus pronunciamientos, por lo menos en lo inmediato y mientras la cuestión política que exista es aún álgida y puede por lo tanto, todavía provocar repercusiones de esa índole.<sup>1</sup>

Una vez pasado el momento crítico (lo cual nunca lleva demasiado tiempo) puede conocerse cómodamente el pronunciamiento, que ya no tendrá repercusión política ni periodística. En cuanto a las partes, si el pronunciamiento les es desfavorable, no serán inteligentemente las más interesadas en dar conocimiento público a la sentencia, máxime si saben que con ello pueden todavía tener algún grado de menor eficacia de acto, por cuanto el cumplimiento último siempre estará, una vez más, en manos de la administración pública controlada.

¿Significa todo esto que en verdad el tribunal judicial tiene más o menos atribuciones que el tribunal administrativo para dictar sentencia? Si analizamos el fondo de las potestades, para algunos el tribunal judicial no puede reformar o sustituir actos administrativos. Y si le sumamos el aspecto práctico de que una sentencia adversa tiene más costo político para quién le emite en sede judicial que una "sentencia" administrativa, hay menos margen de esa índole para el magistrado judicial que para el administrativo. En verdad cabe preguntarse si es más poderoso, en lo que al justiciable individual respecta, el tribunal administrativo que el judicial. La respuesta tampoco aquí puede estar en blancos y negros. Probablemente la más adecuada es que el individuo necesita tanto unos como otros órganos de control de la administración, para recurrir según las circunstancias a unos u otros, o a unos y otros sucesivamente, y sin perjuicio de otros mecanismos de control que también complementan a estos, como es el caso del Ombudsman.

A su vez, resulta interesante comparar el funcionamiento de la opinión pública en los tres casos. En materia de tribunales administrativos, la falta de publicación le otorga mayor margen real para discrepar con la administración; en materia de tribunales judiciales, si bien la publicidad es sana por muchos otros motivos, de hecho opera autolimitando al tribunal en su margen real y práctico de control. Pero en ambos casos, ni el magistrado judicial ni el administrativo pueden dirigirse habitualmente, como práctica ordinaria, a la opinión pública expresamente o intentar manejarla. En cambio el Ombudsman puede, y de hecho lo hace, tratar de persuadir e influenciar a la administración, entre otros medios,

precisamente a través del manejo de la opinión pública y la prensa en general, actuando no solo como arbitrador, sino también como crítico y como innovador.

#### 8. *El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional*

El manejo del tiempo también es y puede ser distinto en uno y otro ámbito. En el ámbito judicial *stricto sensu*, el rigor de las normas procesales implica que, de cumplirlas, el Juez no tiene potestad alguna para meritar la oportunidad en la cual debe dictar sentencia. Simplemente, debería dictarla dentro de los plazos breves y limitados que le fija el Código, una vez cumplidos los actos procesales previos que también éste determina. Aun así, el observador sagaz advierte con frecuencia como pronunciamientos judiciales adversos a la administración tienen una curiosa tendencia a producirse *después* que ha cesado en sus funciones el funcionario o el gobierno autor de los actos impugnados. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que el Juez sólo con dificultad puede intentar, si lo hace, algún ejercicio prudente de discreción política en cuanto al momento o tiempo en que dicta su sentencia.

En este tema de la prudencia política en cuanto al momento en que la sentencia judicial o administrativa es pronunciada, también el Consejo de Estado francés ha acuñado de hecho toda una propia política temporal de control jurisdiccional. Y se ha dicho así, evaluando el control del Consejo de Estado en materia, p. ej., de prohibiciones administrativas al derecho de reunión, que “El alcance de su intervención no debe ser despreciado ni exagerado... Sus decisiones pierden una gran parte de su valor cuando ocurren varios años después de la medida de prohibición. La situación puede haber evolucionado profundamente en el ínterin, y el perjuicio político y moral sufrido por los organizadores de la reunión no es nada atenuado por la anulación platónica y tardía de una prohibición que ha surtido todos sus efectos; solo una decisión del Juez ordenando la suspensión de la ejecución de la decisión atacada podría reforzar eficazmente el control de esta materia. El valor de la jurisprudencia del Consejo de Estado, relativa a la libertad de reunión, vale entonces menos por sus efectos prácticos en cada caso que por las afirmaciones de principio que ella importa y recuerda.”<sup>1</sup>

obsesión en el cap. XIX, § 10, p. 38, tal la importancia que le asignamos.

<sup>10.1</sup> También la justicia puede pedir a la administración informes, documentos, etc., pero aun ante la majestad y potestad de la justicia no cede la inveterada tendencia al secreto y sigilo administrativo. Es frecuente, pues, el ocultamiento, la ambigüedad, manifestar desconocimiento o ignorancia, etc., de la administración ante el Juez. Todo ello se presenta en muchísimo menor grado en materia de tribunales administrativos, porque, a la inversa, es como si lo pidiera la propia administración, es parte del mismo aparato burocrático la que aparentemente pide el informe, y no aparecen entonces tan automáticamente todos los mecanismos de defensa y de recelo que son habituales frente a la justicia.

<sup>10.2</sup> A veces, la legislación intenta corregir esta situación, sea resolviendo que siempre las costas son en el orden causado, lo que también es una regla demasiado rígida, o estableciendo incluso que en la acción de anulación no haya condena en costas al actor si pierde la acción (caso del Código Procesal Administrativo de la Provincia de Formosa, también en la Argentina.)

Claro está que una cosa es prudencia política en momentos especialmente tensos o agitados sobre determinado tema en la opinión pública, y otra muy distinta es una general morosidad que haga que todo pronunciamiento sea necesariamente “platónico y tardío”. No ha de llegarse quizá al extremo de que “el funcionario autor del acto ilegal, de hecho, no está jamás inquieto personalmente. Cuando llegue la sanción, el habrá probablemente dejado su puesto por uno más elevado. La decisión del Consejo de Estado no le alcanzará —si aún la llega a conocer—; ella no alcanzará tampoco a su sucesor, extraño a lo que ha ocurrido antes que él.”<sup>2</sup>

Sin llegar, pues, a estos extremos, cabe observar que el tribunal administrativo tiene más posibilidad que el judicial de tener prudencia política en cuanto al momento en que toma su decisión, en caso de ser ella anulatoria en asuntos de repercusión inmediata en la prensa; ello le permite entonces mayor latitud para ejercer el control.

### 9. *La discreción política de control jurisdiccional*

Más aún, hasta cabe pensar que se espera de él, tanto de parte de los administrados como de la administración, el indispensable ejercicio de un alto grado de prudencia política. En el fondo, no se le pide que dicte todas las sentencias favorables a la administración, se le pide, en cambio, que cuando las dicte desfavorables trate de no crearle problemas políticos. Cumplida la condición esencial de que su pronunciamiento no ocasione un revuelo político ni tenga repercusión en la opinión pública, asegurada en cuanto esté a su alcance la paz política del gobierno mediante la discreción o el silencio en el momento en que el tema tiene virtualidad política, nadie en verdad le pedirá demasiadas cuentas al tribunal administrativo si su decisión concreta no se consustancia con el anhelo que la administración tenía en cuanto al fondo.

Para los gobiernos con mucha frecuencia puede llegar a tener más importancia la repercusión de una sentencia que el fondo de la misma, pues es la primera la que puede costarle su propia estabilidad o continuidad, jamás la segunda si pasa desapercibida. Un gobierno no cae por perder contiendas en sede administrativa o judicial, sí puede caer por escándalo o vilipendio público, por escarnio, por bochorno, por traspies políticos. Una sentencia adversa que no ocasione un traspie político al gobierno de turno, no es asunto grave aunque contraríe a su posición en un asunto sustancialmente importante.

Si para el gobierno es importante tal o cual cuestión concreta en cuanto al fondo, mucho más importante e incluso absolutamente vital, es que esa cuestión de fondo (u otra cualquiera intrascendente) amenace su estabilidad. Un gobierno desestabilizado, aún por una cuestión trivial, no tendrá ya tiempo ni posibilidad de encarar cuestiones de fondo; un gobierno que no ve amenazada su estabilidad ni su prestigio no se preocupará demasiado de que en alguna cuestión, aunque sea importante, le contraríen o de hecho le impidan la concreción de un propósito determinado. De donde podría formularse la conclusión tentativa de

que en materia de control de la administración pública por parte de tribunales administrativos o judiciales, lo que incide más para limitar al órgano de control es la oportunidad política del pronunciamiento, antes que su eventual fondo adverso a la administración y favorable al particular.

#### 10. *El costo*

También debe evaluarse el costo de la función de control, sea ella realizada en sede judicial o por tribunales administrativos. Es un lugar común que en materia judicial existe condena y regulación de costas, que las costas se imponen al vencido, y que son una proporción determinada por la ley entre mínimos y máximos—del monto de la cuestión debatida. También lo es, que quien piensa iniciar un juicio, si es prudente, deba pensar en que costas deberá pagar si lo pierde. Y si a esto le sumamos que lo que el particular considera es un juicio contra la administración, en el que factores políticos pueden jugarle en forma adversa, sin perjuicio de las dificultades que su propio planteo tenga, entonces el costo parece potenciado a su espíritu. Iniciar un juicio en aguas más procelosas que las civiles o comerciales, con mayor riesgo, por tanto, de eventualmente perderlo con costas, puede ser y usualmente es, un poderoso elemento de disuasión a su ánimo de procurar justicia.

El tribunal administrativo, si puede fijar costas, lo que tampoco siempre ocurre, tiene mayor libertad sustancial para no imponer costas al actor si éste pierde, cosa que le es más difícil hacer al Juez. Ello significa que el tribunal administrativo puede disminuir y hasta eliminar el fantasma de las “costas a su cargo” que debe contemplar todo aquel que tiene pensado cuestionar ante uno u otro tribunal un pronunciamiento administrativo.

El mayor margen de actividad instructoria que el tribunal administrativo puede realizar de oficio, mediante pedidos de informes a las oficinas administrativas,<sup>1</sup> también puede reducir y hasta eliminar las costosas pericias judiciales a las cuales las partes deben recurrir para tratar de acreditar los hechos que les son favorables. También la posibilidad mayor que el tribunal administrativo tiene, de no optar entre validez o invalidez del acto, sino pronunciarse por su

<sup>13.1</sup> Nos remitimos a lo dicho en el cap. II del t. 1 de nuestro *Tratado, op. cit.*, punto 4.2.3.3. y notas.

<sup>13.2</sup> Nuestro libro *Problemas...*, *op. cit.*, caps. III y IV.

<sup>14.1</sup> Nos remitimos a GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.* cap. XV.

<sup>14.2</sup> Conf. JAFFE, LOUIS L., *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, 1965, ps. 320-327.

<sup>14.3</sup> Nos referimos a la institución del Ombudsman, ya recordada anteriormente en este trabajo.

<sup>1</sup> Entresaca, limpia, cribado etc., según el texto francés; separación distribución, división, clasificación, etc., según el texto inglés.

reforma o sustitución, le da paralelamente mayor posibilidad de disponer que las costas sean en el orden causado que imponérselas a un hipotético vencido.<sup>2</sup>

### 11. *La asertividad del pronunciamiento*

Un tribunal judicial necesariamente debe concluir su sentencia con una clara definición de: qué le da a quién, quién ganó y quién perdió; incluso la tradicional condena en costas supone que debe haber un claro vencido y un claro vencedor.

A la inversa, los dictámenes letrados de los funcionarios de la administración pública, cuando consideran que algo de razón le asiste al particular, no suelen ser ejemplos de asertividad; antes bien, suelen dejar abiertas varias alternativas a quien debe resolver, o aconsejan una línea general de conducta, pero sin determinar el camino exacto que debe escogerse para obrar conforme a derecho. El asesor usualmente no señala entonces una única solución, sino que apunta al menos dos y a veces más; sin perjuicio de que a ciertos niveles jerárquicos como el de Director de Asuntos Legales de un Ministerio sea también frecuente que el dictaminante agregue un preciso y concreto proyecto de resolución.

Ese es el método que puede también elegir un tribunal administrativo pero no uno judicial; y ese método, si bien carece de la aparente virtud de la asertividad, de lo categórico, claro y concreto, y si bien tiene entonces el defecto de la vaguedad e imprecisión, tiene con todo la virtud de ser realista, brindar posibilidades más ciertas de solución al administrado. Le permite conciliar su posición con la de la administración, jugar con algunas de las vías de solución que son posibles y que a su vez son potables políticamente para el gobierno. La flexibilidad de un pronunciamiento favorable en sus lineamientos generales al particular, supone una posibilidad mayor de solución del conflicto en sede administrativa; permite también a la administración rectificar válidamente su conducta como si lo hiciera por propia iniciativa, lo cual en muchos casos ayuda a que efectivamente lo haga.

### 12. *La posibilidad de avenimiento*

Cuando administración y administrado han llegado a los estrados judiciales, las respectivas posiciones han quedado, por fuerza de las circunstancias, demasiado nítidamente definidas. Ya no hay retroceso, ya no hay posibilidad práctica de avenimiento amistoso, transacción o arreglo alguno. Incluso la inercia administrativa hace que raramente funcionario público alguno de la administración activa tenga interés en considerar un eventual arreglo: "Que ahora lo decida la justicia" es la actitud mas corriente y más cómoda en tales casos.

En cambio, cuando la cuestión está aún en sede administrativa, y en tanto tramita ante tribunales administrativos, al no haber salido enteramente de la esfera administrativa deja siempre abierta la puerta de la negociación y del diálogo, con su posibilidad eventual de entendimiento. Eso significa también

que muchos administrados que no desean romper el diálogo o las negociaciones con una administración a la cual deben necesariamente seguir vinculados, se muestren totalmente renuentes a iniciar acciones ante tribunales judiciales, pero en cambio puedan considerar la posibilidad de presentarse ante un tribunal administrativo. Dicho en otras palabras, la posibilidad mayor de avenimiento y el hecho de poder mantener un diálogo y una comunicación fluida a pesar del diferendo, hará que más cantidad de administrados intenten la defensa de sus derechos ante tribunales de esta índole que los que lo harían ante tribunales judiciales.

13. *El control de la administración pública en América Latina: la causación circular en el desarrollo cultural y político*

Con todo lo expuesto nos acercamos finalmente al meollo de la cuestión. El observador de un país desarrollado podría razonablemente preguntarse qué importancia real tiene, en definitiva, que haya uno u otro medio de control de la administración, con tal que sea efectivo; y podría señalar como funcionan adecuadamente sistemas tan diversos como el inglés y el francés, para no tomar sino dos ejemplos clásicos. Con esa perspectiva, bien podría decirse que da exactamente lo mismo instituir tribunales al estilo francés o al estilo inglés, o en cualquiera de las otras variantes conocidas, pues todas pueden andar bien. O todas ser insuficientes.

Esto último es el problema en América Latina. Así como los economistas han podido hablar de un círculo vicioso de la pobreza, y de su causación circular, así también podría hablarse de un círculo vicioso cultural y conceptual, de una causación circular del atraso político en nuestros países.

Puesto que no hay suficiente desarrollo político, adecuada conciencia ciudadana, significativa responsabilidad y solidaridad social, sentido profundo de identidad nacional, una democracia auténtica, fuerte y estable, etc., entonces los diferentes medios e instituciones de contralor existentes no siempre responden cabalmente al fin para el cual han sido concebidos.

Se transforman fácil y rápidamente, en algunos países, en mecanismos de control más o menos formales o formalizados, que a veces no pueden llegar al fondo y a la causa de los problemas que les toca enfrentar, pues a su vez no cuentan con el suficiente apoyo, conciencia, responsabilidad y solidaridad de los ciudadanos, etcétera, que les permita cambiar y hacer cambiar.

Al no poder hacerlo, son entonces parte del círculo vicioso en que otros individuos que podrían querer contribuir al cambio social y político se desaniman o se tornan descreídos, lo cual otra vez hace que sea aún más difícil lograr la conciencia ciudadana de que hay posibilidades de progreso político e institucional y de que debe intentarse conseguirlo y así sucesivamente.

Ahora bien, así como los economistas no han logrado llevar a la realidad las

teorías sobre el despegue económico, a veces ni siquiera contando con fenómenos naturales de especial riqueza en países en vías de desarrollo, así también parece inútil hacerse ilusiones sobre un despegue cultural o político: el cambio sólo vendrá probablemente por vía de la evolución del pensamiento político y administrativo en América Latina, por vía de la creación lenta y progresiva de una conciencia colectiva de cuáles son los males de la sociedad y cuáles las vías de solución.

En materia de control de la administración pública el tema es, en el fondo, el mismo en diversas manifestaciones. Hemos visto en otra parte que la falta de participación ciudadana en la vida pública implica inexistencia de control social sobre ella.<sup>1</sup> El propio aparato administrativo del Estado no puede controlarse a sí mismo, como lo demuestra el fracaso de los diferentes medios de control sobre las empresas públicas, no obstante los esfuerzos que se han hecho.<sup>2</sup> Vemos aquí también cómo la discusión sobre si efectuar la tutela de los derechos por tribunales judiciales o administrativos, o por ambos a la vez, no es sino la punta del *iceberg* de la falta de controles que funcionen eficazmente a todo nivel en la vida pública de América Latina. Ahora bien, si no caemos en la desesperanza de pensar que todo falla y nada se puede corregir, que todo andará siempre igual y nada vale la pena de ser intentado, entonces cada uno de estos temas merece el sano debate que busque mejorar lo existente.

Desde esa perspectiva, entonces, pensamos que a las deficiencias que todos los sistemas de control han presentado y pueden presentar, vale la pena oponer el intento de introducir elementos nuevos de control que, sin desconocer ni destruir los conocidos aunque insuficientes, traten al menos de aprovechar la idiosincrasia política y administrativa de nuestros países. Ante gobiernos demasiado fuertes y sociedades demasiado débiles, a lo mejor un control intermedio como el aquí considerado puede llenar en la práctica eficazmente un vacío que no cumplen, y quizá no pueden materialmente cumplir, únicamente los tribunales judiciales. No porque sean insuficientes, si el resto de los supuestos de una sociedad democrática y desarrollada funcionan, sino porque al querer hacerlos funcionar en una sociedad que no reúne tales condiciones, puede alcanzarlos la causación circular del insuficiente desarrollo cultural y político y, restarles eficacia o acceso de la población.

#### 14. *Conclusiones tentativas*

Todo lo expuesto nos lleva a sugerir la conveniencia de crear tribunales administrativos autónomos dotados de imparcialidad e independencia que no excluyan la revisión judicial amplia, a los cuales el particular pueda, si quiere, optar por acudir antes de solicitar la revisión judicial de los actos y hechos administrativos.

Con mucha mayor razón, es urgente crear entes reguladores independientes de la administración central, con garantías de idoneidad por concursos públicos,

con participación decisoria de los usuarios, para el control de los servicios públicos privatizados.<sup>1</sup>

De hacérselo, debe dejarse bien en claro la potestad judicial revisora plena y amplia, como garantía de la división de los poderes y del sistema constitucional de garantía de los derechos individuales;<sup>2</sup> debe también, a nuestro juicio, evitarse la tendencia hacia la transformación de los tribunales administrativos existentes en tribunales judiciales, pues con ello se vuelve al punto de partida, y debe igualmente complementarse la creación de tales órganos con otros mecanismos indispensables en la administración moderna.<sup>3</sup>

### ANEXO AL CAPÍTULO XVI

#### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

13 de julio de 1983

#### CASO ZIMMERMANN Y STEINER

#### SENTENCIA

En el caso *Zimmermann y Steiner*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituido con arreglo al art. 43 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”), y a los preceptos pertinentes de su Reglamento, en Sala compuesta de los siguientes Jueces:

Señor G. WIARDA, PRESIDENTE;

Señora D. BINDSCREDLER-ROBERT,

Señores D. EVRIGENIS, F. MASCHER, J. PINHEIRO FARINHA, L. E. PETTITI, R. MACDONAL, y los señores M.-A. EISSEN, Secretario, y H. PETZOLD, Secretario adjunto.

Después de deliberar en privado los días 25 de enero y 20 de junio de 1983,

Dictan la siguiente sentencia, aprobada en esta última fecha:

#### PROCEDIMIENTO

1. El caso fue elevado al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos (“la Comisión”) y el Gobierno de la Confederación Helvética. (“El Gobierno.”) Se origina por una demanda (núm. 8737/79) dirigida contra este Estado y sometida a la Comisión por dos súbditos suizos, los señores WERNER ZIMMERMANN y JOHANN STEINER, el 30 de agosto de 1975, en virtud del art. 25 del Convenio.

2. La petición de la Comisión y la demanda del Gobierno se presentaron en la Secretaría del Tribunal, dentro del plazo de tres meses previsto por los arts. 32.1 y 47, los días 17 de mayo y 8 de julio de 1982, respectivamente. La primera se remite a los arts. 44 y 48 y a la declaración de la Confederación suiza reconociendo la jurisdicción obligatoria del Tribunal (art. 46); la segunda, a los arts. 45, 47 y 48. Ambas tienen por objeto que se resuelva si el procedimiento del recurso interpuesto por los interesados ante el Tribunal federal suizo duró más del plazo razonable que prevé el art. 6.1 del Convenio.

3. La Sala de siete jueces, que debía constituirse, comprendía de oficio a la señora D.

BINDSCHEDLER-ROBERT, elegida como juez de nacionalidad suiza (art. 43 del Convenio), y al señor G. WIARDA, Presidente del Tribunal. (Art. 21.3.b del Reglamento.) El 28 de mayo de 1982, designó éste por sorteo, ante el Secretario, a los cinco miembros restantes, a saber los señores F. MATSCHER, J. PINHEIRO FARINHA, L.-E. PETTITI, R. MACDONAL y R. BERNHARDT. (Arts. 43 “in fine” del Convenio y 21.4 del Reglamento.) Posteriormente, el Presidente dispensó al señor BERNHARDT de formar parte, sustituyéndole el señor D. EVRIGENIS. (Art. 24.4 del Reglamento.)

4. El señor WIARDA, después de asumir la presidencia de la Sala (art. 21.5 del Reglamento), recabó, por medio del Secretario, la opinión del Agente del Gobierno y la del Delegado de la Comisión sobre el procedimiento que debía seguirse. El 12 de octubre de 1982, resolvió el Presidente, teniendo en cuenta especialmente la concordancia de sus declaraciones, que no había lugar a la presentación de Memorias y que el procedimiento oral comenzaría el 24 de enero de 1983.

Por orden de 22 de diciembre de 1982, el Presidente dispuso que el Gobierno y la Comisión aportasen determinados documentos que se recibieron en Secretaría en diversas fechas.

5. La audiencia pública se desarrolló el 24 de enero de 1983, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo. El Tribunal celebró, antes de la vista, una reunión preparatoria, y autorizó que la persona que asistiese al Delegado de la Comisión utilizase la lengua alemana. (Art. 27.3 del Reglamento.)

Han comparecido:

—Por el Gobierno: el señor J. VOYAME, Director del “Office” (Servicio) federal de la Justicia, Agente; el señor P. MULLER, Director de la Cancillería del Tribunal federal; el señor O. JACOT-GUILLARMOD, del Servicio federal de la Justicia; el señor B. MÜNGER, del Servicio federal de la Justicia, asesores.

—Por la Comisión:

el señor J. SAMPAIO, Delegado;

el señor L. MINELLI, representante del demandante ante la Comisión, asistiendo al Delegado. (Art. 29.1, segunda frase, del Reglamento del Tribunal.)

El Tribunal escuchó las declaraciones, así como las contestaciones a sus preguntas, del señor Voyame, por el Gobierno, y de los señores SAMBAIO y MINELLI, por la Comisión.

## HECHOS

6. Los señores WERNER ZIMMERMANN y JOHANN STEINER nacieron en 1937 y 1904, respectivamente. El primero, ajustador, reside en Uster (Zurich); el segundo, jubilado, reside en Bargaen. (Berna.)

Hasta el día 30 de septiembre de 1976, cada uno era arrendatario de un piso en una localidad cercana al aeropuerto de Zurich-Kloten, situado en el territorio del Cantón de Zurich y explotado por éste: concretamente, el señor ZIMMERMANN en Kloten y el señor STEINER en Rümlang.

### a) *Procedimiento ante la Comisión federal de Valoración*

7. En 1974, los demandantes pidieron al Cantón que les indemnizara del daño que les causaba el ruido y la polución del aire como consecuencia del tráfico del aeropuerto; el señor ZIMMERMANN reclamaba 28.242 Fs. y el señor STEINER 54.199 Fs. El Cantón, al no poder llegar a un acuerdo con los reclamantes, pidió el 17 de junio de 1974 que se

abriera un procedimiento de estimación, en virtud del art. 57 de la ley federal de 20 de junio de 1930, sobre la expropiación. El asunto fue sometido a la Comisión federal de Valoración competente que era la del décimo distrito, presidida en el caso presente por un juez del Tribunal Superior de Saint-Gall, y compuesta por un arquitecto, un ingeniero y el Secretario de dicho Tribunal. (Arts. 59 y sig. de la ley antes citada, Orden de 24 de abril de 1972 sobre las Comisiones federales de Valoración y Orden de 17 de mayo de 1972 sobre los distritos federales de valoración.)

8. La Comisión rechazó las pretensiones de los interesados por una resolución, de 6 de octubre de 1976, notificada el 7 de marzo de 1977. Se reconocía que, según la jurisprudencia y la doctrina suiza, los arrendatarios pueden, en principio, valerse del derecho de vecindad regulado por el Código Civil (arts. 679 y 684); sin embargo, se entendía que los demandantes alegaban un perjuicio moral y no patrimonial, y sólo este último se podía tener en cuenta según la ley federal de expropiación.

#### b) *Procedimiento ante el Tribunal federal*

9. El 18 de abril de 1977, los señores ZIMMERMANN y STEINER interpusieron ante el Tribunal federal un recurso administrativo contra la resolución de la Comisión federal de Valoración. (Art. 77.1 de la ley federal de expropiación.) El Tribunal consultó a la Comisión el 27 de abril, y ésta presentó sus observaciones el 18 de mayo de 1977. Las Autoridades del Cantón de Zurich presentaron las suyas el 24 de mayo del mismo año, y así concluyó el procedimiento contradictorio.

10. El abogado de los interesados se dirigió por escrito al Tribunal, para informarse de la situación del procedimiento, el 8 de septiembre de 1978 y el Tribunal federal contestó el 21 que la acumulación de su trabajo le había impedido hasta el momento examinar el asunto, pero que esperaba resolverlo en los próximos meses. Se adjuntaba con la carta una copia de las observaciones del Cantón de Zurich.

Los demandantes insistieron el 15 de marzo de 1979. El juez ponente de la Sala primera de Derecho Público del Tribunal federal les anunció que, salvo imprevistos, se resolvería el asunto antes de las vacaciones judiciales.

El 29 de junio de 1980, el abogado de los demandantes pidió de nuevo al Tribunal federal informaciones sobre el estado del procedimiento. El juez ponente, aunque lamentando el retraso sufrido en la tramitación de los autos, contestó el 11 de julio que se dictaría el fallo después de las vacaciones judiciales.

11. La Sala primera de Derecho Público del Tribunal federal desestimó el recurso el 15 de octubre de 1980.

Su sentencia, con una extensión de quince páginas, examinaba, primero, la situación de los inquilinos y de los colonos en el caso de expropiación. Señalaba, a continuación, que, desde la conclusión de sus arrendamientos —en 1967 y 1958, respectivamente— con tácita reconducción cada tres meses, los demandantes conocían los perjuicios previsibles, no habían demostrado que hubiesen empeorado desde entonces. (Art. 41 de la ley de expropiación.)

#### c) *El exceso de trabajo del Tribunal federal y las medidas tomadas para afrontarlo*

12. Según las estadísticas facilitadas por el Gobierno, de 1969 a 1979 el número total de recursos pasó de 1.629 a 3.037, es decir que el aumento fue del 86 por 100. La tasa de

crecimiento supone el 107 por 100 para los recursos de Derecho público (1.336 contra 634), y alcanza incluso el 318 por 100 para los de Derecho administrativo. (590 contra 141.)

Desde 1970, la Asamblea federal acordó elevar de 26 a 28 el número de miembros del Tribunal federal y de 12 a 15 el de jueces suplentes; la Sala de Derecho público y de Derecho administrativo cuenta en lo sucesivo con 11 miembros en lugar de 9.

El Tribunal federal, en su informe para 1971, publicado el 1 de febrero de 1972, señaló un aumento del volumen de los litigios, y anunció que “a pesar del aumento, en 1979, del número de jueces”, tendría que “examinar ya próximamente las medidas a tomar para superar la progresión de los asuntos.”

En noviembre de 1973, el Tribunal federal sometió al Consejo federal propuestas urgentes para disminuir esta sobrecarga, y sugirió, en la misma ocasión, dedicar un estudio a fondo a toda la organización judicial federal, especialmente en materia de Derecho público y administrativo en cuanto a sus fines y a sus relaciones con la administración de la justicia cantonal.

En su mensaje de 22 de mayo de 1974 a la Asamblea federal, el Consejo federal presentó unos proyectos que pretendían, de una parte, modificar la ley federal de organización judicial en lo que se refería a la Sala de Derecho público y de Derecho administrativo del Tribunal federal; de otra, revisar el Derecho federal que fijaba el número de secretarios y escribanos, proponiendo elevar de 28 a 30 el número de jueces y de 24 a 28 el de secretarios y escribanos. El Consejo federal indicaba en sus observaciones previas:

“Los asuntos de que conoce la Sala de Derecho público y de Derecho administrativo del Tribunal federal son una carga que, desde hace mucho tiempo, no deja de aumentar y amenaza convertirse en sobrecarga permanente. A la larga, y teniendo en cuenta la organización actual del Tribunal, no se podrá dominar esta carga sin que se resientan la calidad del despacho de los asuntos y, en definitiva, la protección jurídica.”

No obstante, el propio Tribunal federal pidió que se aplazase esta reforma, en espera de la refundición total de la ley federal de Organización judicial, refundición que todavía no se ha efectuado. (Apartado 16, posterior.)

13. En su informe de 14 de febrero de 1978, sobre el ejercicio de 1977, el Tribunal indicaba que su trabajo, en especial en el ámbito del Derecho público y administrativo, no cesaba de aumentar, y lo atribuía no solamente a la extensión de las competencias de la Confederación en materia administrativa, sino también al hecho de que los ciudadanos utilizaban más las garantías que la legislación les ofrecía al Poder público.

El 14 de diciembre de 1977, el Tribunal había aconsejado al Consejo federal medidas urgentes análogas a las pedidas en 1973. En consecuencia, la Asamblea federal tomó en 1978 una primera serie de resoluciones. Aumentó de 28 a 30 el número de jueces federales, y de 24 a 28, a partir del 1 de febrero de 1979, el de secretarios y escribanos. Resolvió también dividir la Sala de Derecho público y de Derecho administrativo en dos Salas de Derecho público.

El Tribunal federal, por su parte, aprobó el 14 de diciembre de 1978 un nuevo reglamento que se aplica asimismo desde el 1 de febrero de 1979. Los asuntos de Derecho público y de Derecho administrativo se reparten en lo sucesivo, según su objeto, entre las diversas secciones del Tribunal federal.

14. Las reformas resultaron insuficientes. En su informe de 12 de febrero de 1980 sobre su actuación en 1979, el Tribunal señaló que se habían presentado 3.037 asuntos durante dicho año y resuelto 2.786; sin embargo, habían quedado pendientes para 1980 unos 1.565, o sea más de la mitad de los registrados de entrada en 1979. El Tribunal, al

comprobar que la mayor parte (84 por 100) de los procedimientos pendientes se referían al Derecho público y administrativo decía:

“Si no se pone remedio inmediatamente, el justiciable tendrá que esperar años en lo sucesivo, en este campo, antes de que el Tribunal resuelva sobre su caso. Esta situación es incompatible, en un Estado de Derecho con la misión que debe cumplir el Tribunal supremo.”

También el Consejo federal propuso a la Asamblea federal, en su mensaje de 17 de septiembre de 1980, aumentar de 28 a 60 el número de secretarios y escribanos. Hay que advertir que no se trata de funcionarios subalternos, sino de juristas muy calificados que desempeñan un papel fundamental en el funcionamiento del Tribunal federal (art. 10 del Reglamento del Tribunal federal de 14 de diciembre de 1978), y que, por otra parte, tienen voz en las deliberaciones. (Art. 12, párr. 2º, del Reglamento.)

15. En su informe de 6 de febrero de 1981 sobre su actuación en 1980, el Tribunal federal destacaba que la situación seguía siendo grave. Lamentaba que las dos Cámaras no hubiesen podido aprobar todavía las propuestas gubernamentales y añadía:

“Debido a la sobrecarga que le abruma, el Tribunal no está en condiciones, desde ahora y en determinadas materias, de garantizar su misión de custodia del Derecho, aunque, por su parte, haga, en su ámbito interno, todo lo que sea posible, para cumplir con su obligación.”

El 20 de marzo de 1981, la Asamblea federal aprobó una resolución por la que se aumentó de 28 a 40 el número de los secretarios y escribanos del Tribunal, y se reforzó el personal administrativo.

Estas medidas mejoraron algo la situación: en su informe de 12 de febrero de 1982, sobre el ejercicio de 1981, el Tribunal señala que, por primera vez desde 1975, ha conseguido despachar aproximadamente tantos asuntos (3.164) como los registrados de entrada (3.187) sin embargo, han quedado pendientes 1.787. De lo cual deduce que “continuará abrumado todavía durante años por una sobrecarga de trabajo y, en consecuencia, no podrá resolver los asuntos dentro de un plazo que, teniendo en cuenta su naturaleza, pueda considerarse como razonable en relación a la Constitución y al Convenio.”

16. Con independencia de estas resoluciones de naturaleza coyuntural, la Comisión federal de especialistas que preparaba una refundición de la ley federal de Organización judicial de 16 de diciembre de 1943, con la finalidad de disminuir el volumen de trabajo del Tribunal federal y de acelerar los procedimientos pendientes, terminó sus trabajos al final de 1981. Recientemente, el Departamento federal de Justicia y Policía ha sometido un anteproyecto al Gobierno federal, para la apertura de una información o consulta que terminaría en 1983.

17. El propio Tribunal federal ha tomado medidas de orden práctico para hacer frente a la situación que le abruma. Convencido de que la tramitación de los litigios por orden cronológico producirá injusticias graves, ha utilizado especialmente un sistema, llamado de “triage” o “sorting”<sup>21</sup> fundado en el grado de urgencia y en las implicaciones de cada asunto.

### *PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN*

18. En su demanda de 30 de agosto de 1979 a la Comisión (núm. 8737/79), los señores Zimmermann y Steiner alegaron que el examen de su recurso de Derecho administrativo ante el Tribunal federal (18 de abril de 1977 a 15 de octubre de 1980) había sobrepasado el “plazo razonable” que ha de respetarse según el art. 6.1 del Convenio.

19. La Comisión admitió la demanda el 18 de marzo de 1981. En su informe de 9 de marzo de 1982 (art. 31 del Convenio), la Comisión entendió, por unanimidad que se había

violado el art. 6.1.

### CONCLUSIONES PRESENTADAS AL TRIBUNAL POR EL GOBIERNO

20. En la vista del 24 de enero de 1983, el Gobierno pidió al Tribunal “que declarase que Suiza no había violado, en este asunto, el art. 6.1 del Convenio.”

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### I. Sobre la violación alegada del art. 6.1

21. Los demandantes se quejan de la duración del procedimiento de su recurso de Derecho administrativo ante el Tribunal federal. (18 de abril de 1977 a 15 de octubre de 1980.) Invocan, a este respecto, el art. 6.1 del Convenio, a cuyo tenor,

“toda persona tiene derecho a que su causa se vea [...] en un plazo razonable, por un Tribunal [...] que resolverá [...] los litigios sobre sus derechos y obligaciones de naturaleza civil [...].”

22. Hay un punto que no se discutió y que el Tribunal lo considera evidente: los “derechos” de naturaleza personal o patrimonial que los señores ZIMMERMANN y STEINER reivindicaban ante el Tribunal federal eran privados, por tanto “civiles,” en el sentido del texto citado anteriormente.

La única cuestión que hay que resolver en este caso consiste en si se sobrepasó o no el “plazo razonable.” Según la Comisión la contestación debe ser afirmativa, con lo cual el Gobierno no está conforme.

23. Los interesados se quejan tan sólo de la duración del procedimiento ante el Tribunal federal (apartado 18, precedente); la Comisión, cuya resolución de 18 de marzo de 1981 delimita el ámbito del asunto sometido desde entonces al Tribunal (Sentencia en el caso *Guzzardi* de 6 de noviembre de 1980, Serie A, número 39, p. 39, apartado 106), sólo ha admitido y tramitado la demanda sobre esta cuestión. Por consiguiente, no se tiene en cuenta el procedimiento previo ante la Comisión federal de Valoración.

El período que hay que considerar se extiende, pues, desde la interposición, el 18 de abril de 1977 del recurso de los señores ZIMMERMANN y STEINER hasta el 15 de octubre de 1980, fecha de la Sentencia del Tribunal federal (apartados 9 y 11, anteriores), es decir, casi tres años y medio. Semejante lapso, al ser considerable en un único nivel jurisdiccional, exige una cuidadosa fiscalización en el ámbito del art. 6.1.

24. La característica razonable de la duración de un procedimiento, que incide en el art. 6.1, se aprecia en cada caso según las circunstancias del mismo. (Sentencia en el asunto *Buchholz* de 6 de mayo de 1981, Serie A, núm. 42, p. 15, apartado 49.) El Tribunal debe tener en cuenta, especialmente, la complejidad del litigio en sus hechos o en sus fundamentos jurídicos, la conducta de los demandantes y de las autoridades competentes y lo que arriesgan los primeros. Por otra parte, solamente la lentitud imputable al Estado puede llevar a la conclusión de que se incumplió la exigencia del “plazo razonable” (Véase, “mutatis mutandis,” la Sentencia en el caso *Ivönig* de 28 de junio de 1978, Serie A, núm. 27, pp. 34-400, apartados 99, 102-105 y 107-111, y la Sentencia en el caso *Buchholz* antes citada, Serie A, núm. 42, p. 16, apartado 40.)

### 1. *Complejidad del asunto*

25. El Gobierno reconoce que el asunto no tenía nada de complejo; y la Comisión opina lo mismo. El Tribunal comparte este parecer: los hechos no exigían ninguna investigación, y, en cuanto a las cuestiones jurídicas suscitadas, no parece que tuvieran dificultades excepcionales.

### 2. *La conducta de los demandantes*

26. No se puede imputar a los señores ZIMMERMANN y STEINER los retrasos de que se quejan. El Derecho suizo—el Gobierno lo reconoce— no les ofrecía ningún medio para acortarlos. Después de recurrir ante el Tribunal federal el 18 de abril de 1977, la dirigieron además el 8 de septiembre de 1978, el 15 de marzo de 1979 y el 28 de junio de 1980—, tres cartas intentando informarse de la marcha del procedimiento (apartado 10.)

### 3. *La conducta de las Autoridades suizas*

27. El Gobierno, la Comisión y los demandantes coinciden en considerar como causa principal de la duración del procedimiento la manera con que el Tribunal federal cumple su tarea. Después de consultar—el 27 de abril de 1977— a la Comisión federal de Valoración, recibió en mayo las observaciones de ésta y de la Administración Cantonal de Zurich, respectivamente, y, a continuación, se limitó a contestar a las tres cartas antes citadas de los demandantes (Apartados 9 y 10.) La legislación suiza (arts. 109 y 110 de la Ley federal de Organización judicial) le permitía resolver a la vista de los documentos unidos a los autos; pues bien, sólo lo hizo tres años y medio después, aproximadamente.

El Gobierno invocó la Sentencia en el caso *Buchholz* de 6 de mayo de 1981 (citada antes, Serie A, núm. 42), en la que el Tribunal no comprobó que se hubiera violado el art. 6.1, a pesar de que transcurrieron casi cinco años hasta que se dictó la resolución interna definitiva. Sin embargo, el procedimiento en cuestión había pasado por tres niveles jurisdiccionales, y se habían tomado a lo largo del mismo numerosas medidas de instrucción o de otra naturaleza. Por el contrario, en el asunto de que ahora se trata, el Tribunal se encuentra frente a un largo y único período de completa pasividad que solamente se podría justificar por circunstancias excepcionales.

28. Con apoyo en las estadísticas, el Gobierno invoca fundamentalmente la sobrecarga de trabajo del Tribunal federal. (Apartados 12 y 14, precedentes.) Según él, el exceso de trabajo obligaba a escoger los litigios según su urgencia y su importancia (apartado 17); ahora bien, ninguno de estos criterios justificaba mayor rapidez en la tramitación del recurso de los señores ZIMMERMANN y STEINER. Además, el Parlamento suizo había aprobado las disposiciones necesarias para enderezar la situación.

La Comisión no desconocía las dificultades con que se tropezó ni la cuantía de los créditos que se necesitaban para resolverlas; pero no le pareció que las razones dadas por el Gobierno justificasen la duración del procedimiento de que se trata.

Los demandantes defienden también esta tesis, y, sin negar que pesa una sobrecarga de trabajo sobre el Tribunal federal, y que el sistema para escoger los asuntos estaba justificado, afirman que hay un momento en que cualquier procedimiento se convierte en preferente por el mero hecho del tiempo transcurrido.

29. El Tribunal destaca, ante todo, que el Convenio obliga a los Estados Contratantes a organizar sus tribunales de manera que puedan atender las exigencias del art.

6.1, especialmente en cuanto al “plazo razonable.” No obstante, un atasco temporal en el despacho de los asuntos no implica su responsabilidad si recurrent, con la deseable rapidez, a medidas adecuadas para superar una situación excepcional. (Sentencia en el caso *Buchholz*, antes citada, Serie A, núm. 42, p. 16, apartado 51, y Sentencia en el caso *Foti* y otros, de 10 de diciembre de 1982, Serie A, núm. 56, p. 21, apartado 61.) Entre los medios que pueden utilizarse provisionalmente figuran la elección de un determinado orden de tramitación de los asuntos, fundado no sobre la mera fecha de su presentación, sino sobre su urgencia y su importancia, en especial sobre el riesgo que suponen para los interesados. Sin embargo, cuando la situación se prolonga y afecta a la estructura del órgano, dichos medios no son suficientes y el Estado no puede retrasar más la aprobación de medidas que sean eficaces.

30. Las estadísticas facilitadas por el Gobierno ponen de manifiesto que la cantidad de litigios pasados al Tribunal federal ha aumentado en forma progresiva desde 1969, sobre todo en el campo del Derecho administrativo.

Al principio, las Autoridades suizas pudieron creer que se trataba de un exceso temporal de trabajo, pero desde 1973 el Alto Tribunal se había dado cuenta de que la situación afectaba a la estructura (apartado 12), como, por otra parte, acaecía en muchos otros Estados Contratantes.

31. Esto establecido, las disposiciones que se tomaron hasta el 15 de octubre de 1980, fecha de la Sentencia del Tribunal federal, aunque reflejaban un verdadero propósito de afrontar el problema, no han tenido en cuenta suficientemente esta característica y, por tanto, se han alcanzado resultados poco satisfactorios. El Tribunal federal propugnó en 1973 determinadas medidas urgentes, pero él mismo pidió que se aplazaran en espera de la refundición de la ley de Organización judicial. (Apartado 12, anterior.) Volvió a pedir las en diciembre de 1977, al aumentar la crisis. La Asamblea federal las votó en 1978 y entraron en vigor el 1 de febrero de 1979. Consistían, entre otras cosas, en aumentar de 28 a 30 el número de jueces y de 24 a 28 el de secretarios y escribanos. Además, el Tribunal revisó con carácter general su reglamento. (Apartado 13, precedente.) Estas medidas ni entonces se consideraron suficientes; de hecho, el atasco no cesó de aumentar, ya que el número de litigios creció también. Por lo que respecta a las medidas más enérgicas, aprobadas el 20 de marzo de 1981 —o sea, después de rechazarse el recurso de los señores Zimmermann y Steiner—, resultaron indudablemente más eficaces (apartados 11, 14 y 15, anteriores); sin embargo, el Tribunal no tiene por qué tomarlas en consideración.

32. El procedimiento de que se trata duró tres años y medio aproximadamente, y durante la mayor parte de este período no hubo ninguna actividad procesal. El Tribunal, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que concurren en el caso, considera que este lapso de tiempo fue excesivo; las innegables dificultades que encontró el Tribunal federal no podían seguir considerándose entonces como transitorias ni privar a los demandantes de su derecho a que se respetase el “plazo razonable.” (Sentencia en el caso *Foti* y otros antes citada, Serie A, núm. 56, p. 23, apartado 75.)

Se ha violado, por tanto, el art. 6.1. El Tribunal no tiene por qué determinar la Autoridad nacional a la que es imputable esta infracción: se trata únicamente de la responsabilidad internacional del Estado. (Sentencia en el caso *Foti* y otros, antes citada, “*ibidem*”, p. 21, apartado 63.)

## II. Sobre la aplicación del artículo 50

33. El art. 50 dice lo siguiente:

“Si la resolución del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se opone, total o parcialmente, a las obligaciones que se derivan del [...] Convenio, y si el Derecho interno de dicha Parte sólo permite, de manera manifiesta, reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la resolución del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte perjudicada.”

34. En la vista, el representante de los demandantes ha pedido:

- una suma de 500 Fs. para cada cliente en reparación del perjuicio moral
- el reembolso de sus honorarios de abogado por el procedimiento ante el Tribunal federal;
- el de sus costas y gastos ante la Comisión y el Tribunal.

Como el Agente del Gobierno presentó, por su parte, observaciones detalladas a este respecto, el Tribunal considera la cuestión lista para resolverse. (Art. 50, apartado 3, primera frase, del Reglamento.)

### 1. Perjuicio moral

35. Según el Gobierno, si el Tribunal llegara a la conclusión de que hubo violación, la declaración de la Sentencia y su publicación supondrían ya una reparación equitativa suficiente.

Entiende el Tribunal que en el supuesto de que los demandantes hayan sufrido alguna tensión psicológica perjudicial, se compensaría adecuadamente en este caso con la comprobación, por esta sentencia, de que se sobrepasó el plazo razonable. (Véase, “mutatis mutandis,” la sentencia en el caso *Corigliano* de 10 de diciembre de 1982, Serie A, núm. 57, p. 17, apartado 53.)

### 2. Costas y gastos

36. Para tener derecho a la asignación de costas y gastos en virtud del art. 50, la parte perjudicada debe haberse visto obligada a ellos con la finalidad de evitar o remediar una violación en el orden jurídico interno, conseguir que la Comisión, y después el Tribunal, la pongan de manifiesto, y lograr la correspondiente reparación. Se requiere también que se pruebe su realidad, su necesidad y los límites razonables de su cuantía. (Véase, especialmente, la Sentencia en el caso *Minelli* de 25 de marzo de 1983, Serie A, n° 62, p. 20, apartado 45.)

37. Los interesados reclaman en primer lugar la suma de 100 Fs. por los honorarios de su abogado ante el Tribunal federal corresponde a las dos cartas del señor Kinh para enterarse de la marcha del procedimiento. (Apartado 10, precedente.) Tienen derecho a su reembolso, ya que estas gestiones pretendían estimular al Tribunal federal a cumplir las exigencias del art. 6.1.

38. En cuanto a los procedimientos seguidos en Estrasburgo, los demandantes no han disfrutado de la asistencia jurídica gratuita ante la Comisión ni en su relación con el Delegado de ésta ante el Tribunal. Piden 2.360 Fs. por los honorarios y gastos de su

representante, señor MINELLI.

El Tribunal resuelve concederles este importe, cuyo carácter plausible y razonable no ha discutido el Gobierno.

*En virtud de estos fundamentos, el Tribunal, por unanimidad,*

1. *Falla* que se ha violado el art. 6.1 del Convenio:

2. *Falla* que el Estado demandado debe pagar a los demandantes dos mil cuatrocientos sesenta francos suizos (2.460 Fs.) por costas y gastos;

3. *Desestima* la petición de reparación equitativa en cuanto al exceso.

Hecho en francés y en inglés, siendo fehaciente el texto francés, en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo, el tres de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Firmado: GÉRARD WIARDA  
Presidente

Por el Secretario,  
Firmado: HERBERT PETZOLD  
SECRETARIO ADJUNTO