

## CAPÍTULO II

## TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

## SUMARIO

1. Introducción. ¿Opción excluyente?.....	123
2. Imparcialidad e independencia.....	125
3. Algunas limitaciones comunes .....	126
3.1. Lentitud.....	126
3.2. Eficacia .....	126
3.3. Reparación.....	127
3.4. Influencias subjetivas y objetivas .....	127
4. Prerrogativas y limitaciones.....	127
5. Potestades teóricas y prácticas .....	128
5.1. La reforma o sustitución del acto .....	128
5.2. El control de mérito o conveniencia.....	130
5.3. La posibilidad de aconsejar .....	131
6. El rol del Tribunal. Imagen en la opinión pública y su efecto sobre las potestades reales .....	131
7. La repercusión periodística de sus pronunciamientos. La publicidad	133
8. El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional .....	134
9. La discreción política del control jurisdiccional.....	136
10. El costo .....	136
11. La asertividad del pronunciamiento .....	137
12. La posibilidad de avenimiento.....	138
13. El control de la Administración Pública en América Latina .....	139
14. Conclusiones tentativas .....	140



## Capítulo II

### TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

#### 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>

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, la clásica obra de BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, Buenos Aires, 1951; SEABRA FAGUNDES, M., *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, Río de Janeiro, 1979, 5ª ed., 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>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 ni limite la posterior revisión judicial. Ver, al respecto, nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, 1974, cap. VII, § 7 y ss.; t. 2, Buenos Aires, 1975, cap. XVII, § 1 y ss.

<sup>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.

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, por ejemplo, en la Argentina,<sup>4</sup> Brasil,<sup>5</sup> México,<sup>6</sup> etc., y tiene antecedentes también en el resto del 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.

En el curso del presente capítulo trataremos entonces 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>

<sup>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*, t. I, Buenos Aires, 1979, 3ª ed., p. 350 y ss.

<sup>5</sup> Ver BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 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>6</sup> Se trata del Tribunal Fiscal de la Federación, que explica SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho Administrativo*, t. II, México, 1974, 6ª ed., p. 522 y ss.; contra sus resoluciones “las autoridades podrán interponer el recurso de revisión fiscal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación,” art. 242 del Código fiscal de la Federación. Sobre sus orígenes y evolución, ver FRAGA, GABINO, *Derecho Administrativo*, México, 1958, 7ª ed., p. 505 y ss.; ver también HEDIAN VIRUÉS, DOLORES, “Hacia un tribunal federal de justicia administrativa,” en el libro de homenaje a GABINO FRAGA, *Estudios de Derecho público contemporáneo*, México, 1972, p. 129 y ss.

<sup>7</sup> En el caso de Venezuela, antes de 1954 existía un tribunal de carácter administrativo que entendía de recursos en materia fiscal, pero a partir de dicho año la Corte Federal definió su carácter jurisdiccional, con lo cual existen entonces dos instancias, la del luego llamado Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta, y la de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa: Ver BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia 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>8</sup> No entraremos, pues, a considerar aquí las distintas variantes posibles de organización del control judicial *stricto sensu*, que a veces se llama también “tribunales administrativos,” en el sentido de tribunales judiciales en materia administrativa: Ver OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, MANOEL DE, *Introdução ao direito processual administrativo*, San Pablo, 1971, pp. 146-172. Para la cuestión terminológica nos remitimos a las aclaraciones hechas en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*,

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.

## 2. *Imparcialidad e independencia*

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>9</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>10</sup>

*op. cit.*, t. 2, cap. XIX, § 2, y BOSCH, JORGE TRISTÁN, “Lo contencioso-administrativo y la Constitución nacional,” *LL*, 81: 830 y ss. y 842.

<sup>9</sup> Para un mayor desarrollo nos remitimos a nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, 1974, cap. VII, § 7 y ss.

<sup>10</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. Puede verse también una abundante bibliografía específica sobre el tema, desde algunas obras clásicas, como la de TASCÓN, TULIO ENRIQUE, *Derecho contencioso-administrativo colombiano*, Bogotá, 1946, que al historiar en las pp. 23-24 los diferentes modos en que se dispuso en el pasado la integración del

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.

#### 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 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>11</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>12</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>13</sup> El

Consejo de Estado da muestra de su constante asimilación a un tribunal judicial; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, MIGUEL, *Derecho contencioso-administrativo colombiano*, Bogotá, 1973; SIERRA JARAMILLO, FRANCISCO, *Derecho contencioso-administrativo*, Bogotá, 1978; SARRIA, EUSTORGIO, *Derecho procesal administrativo*, Bogotá, 1963, pp. 151-152.

<sup>11</sup> CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d'Etat et la protection des libertés publiques*, París, 1980, p. 16. Similares observaciones hemos efectuado al funcionamiento de los tribunales judiciales en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1975, cap. XIX, § 16. En materia fiscal, esta experiencia se halla consagrada a nivel de principio con la regla “*solve et repete*.”

<sup>12</sup> La inquietud por la lentitud y el costo del control es generalizada y, por ejemplo, en Paraguay la recoge 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>13</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.

pronunciamiento que anula un acto administrativo puede ser desoído y sobre todo la administración puede no sacar necesariamente todas las conclusiones.<sup>14</sup> lo que hace que su autoridad sea fundamentalmente moral; ello no lo torna en modo alguno ineficaz, pero sí menos eficaz de lo 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 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>15</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<sup>16</sup> y que ellos hayan de ser influenciados a su vez por las circunstancias y el tiempo en que les toca desarrollar su función. Por ejemplo, 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, según quedó dicho en el § 2, 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

<sup>14</sup> CALON, *op. loc. cit.*

<sup>15</sup> CALON, *op. loc. cit.* Hemos comentado el problema y sugerido algunas posibles vías de solución en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo, op. cit.*, t. 2, cap. XXI, § 6.1 y 10.

<sup>16</sup> Nos remitimos a lo dicho en el *Tratado de Derecho Administrativo, op. cit.*, t. 1, cap. VI, n° 15.

administrativos no integran el Poder Judicial y que no tienen las prerrogativas de los magistrados judiciales,<sup>17</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>18</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 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; por ejemplo, con aquellos mismos a los cuales tiene la función de controlar. De algún modo, no se imagina uno a un magistrado asistiendo él a reuniones administrativas, discutiendo con funcionarios públicos en los despachos de éstos, etc.

Trataremos de ver en este capítulo 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.

## 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

<sup>17</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>18</sup>Por ejemplo, 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, el auxilio de la fuerza pública, embargar y ejecutar bienes, etc.



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 reputa 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>19</sup>

Esta limitación a la potestad judicial, que muchos autores consideran una forma de garantizar a la inversa la división de los poderes, de tutelar a la administración frente a una “excesiva” ingerencia 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 en 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. Dado que el tribunal judicial no lo puede hacer es posible entonces que opte por el rechazo de la acción, inclinándose ante la presunción de legitimidad del acto administrativo por su íntima falta de convicción de la total invalidez de la medida.

Por contraste, el tribunal administrativo tiene usualmente una mucha 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 una especie de orden, o aun un mero consejo o dictamen, en el sentido de que lo que conviene hacer, lo que *debe* hacer la administración

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, en el Uruguay se ha podido decir que “Fuera de esta materia de contenido pecuniario que da lugar al denominado contencioso fiscal, nuestros jueces se han abstenido siempre de ordenar la rectificación del acto administrativo,” como señala ZOLA DÍAZ PELUFFO, *El recurso contencioso-administrativo*, Montevideo, 1960, p. 305. Con todo, por ejemplo 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.

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 su vez tribunales “de derecho,”<sup>20</sup> e incluso a asimilarse a los tribunales judiciales en tantos aspectos como sea posible,<sup>21</sup> pensamos que de todos modos tienen mayor margen de posibilidad teórica y práctica de pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de la conducta administrativa,<sup>22</sup> en tanto que los jueces por principio no pueden hacerlo salvo que lo encuadren dentro de principios jurídicos elásticos como la razonabilidad,<sup>23</sup> el *standard*,<sup>24</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>25</sup> y que también el Ombudsman lo es.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> Como es el caso del Tribunal Fiscal de la Federación, en México: SERRA ROJAS, *op. cit.*, t. II, p. 523; del Tribunal Fiscal de la Nación, en la Argentina, etc.

<sup>21</sup> El caso ya citado de la transformación en Venezuela de la “Junta de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta,” en *Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta* con carácter ya estrictamente judicial y no administrativo: BREWER CARIAS, ALLAN-RANDOLPH, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 441. Una tendencia parecida parece capear en el trabajo de HEDÚAN VIRUÉS, “Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa,” artículo citado, al comentar el proyecto de erigir al Tribunal Fiscal de la Federación, de México, en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

<sup>22</sup> Ver *infra*, cap. IV.

<sup>23</sup> Nos remitimos a nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. 1, cap. VIII, § 15, y sus referencias.

<sup>24</sup> RIALS, STÉPHAN, *Le juge administratif français et la technique du standard*, París, 1980.

<sup>25</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 social... a través de las técnicas participativas.”

<sup>26</sup> Tratamos este tema *infra*, cap. V.

<sup>27</sup> Respecto a la necesidad de que haya controles de mérito y qué pasa en América Latina con los controles de legalidad, ver *infra*, cap. IV.

### 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 República que tales irregularidades ocasionan.

Dado que consideramos 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 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 aun 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 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.

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; 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>28</sup> son más difíciles de manejar por parte del magistrado judicial. Y ciertamente que un Juez no podría sin desmedro a su decoro, recato 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>29</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 propio 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

<sup>28</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>29</sup> Los tribunales administrativos tienen algunos rasgos en común con la institución del *Ombudsman*, en cuanto posibles arbitradores o conciliadores entre la administración y los administrados. Ver *infra*, cap. V.

mucho que estos estereotipos sean ciertos o no; no importa que se puedan citar innúmeros casos de tribunales judiciales complacientes y hasta serviles al poder, y por contra tribunales 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 común.

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 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 que ha sido dictada en materia administrativa. En cambio el 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 sólo 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>30</sup>

Una vez pasado el momento álgido, lo cual nunca lleva demasiado tiempo, ya puede el pronunciamiento cómodamente conocerse, que no tendrá repercusión política ni periodística digna de mención. En cuanto a las partes, si el pronun-

<sup>30</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 nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4.1, *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1980, 3ª ed., cap. IV, y que también merece general interés; por ejemplo, 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.

ciamiento les es favorable, 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 del acto, por cuanto el cumplimiento último del mismo 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, en que para muchos el tribunal judicial no puede reformar o sustituir actos administrativos, y si le sumamos el aspecto práctico de que más costo político para quien la emite tiene una sentencia adversa judicial que una administrativa (y, por lo tanto, hay menos margen de esa índole para el magistrado judicial que para el administrativo), en verdad cabe preguntarse si es en el conjunto 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, sin perjuicio de otros mecanismos de control que también complementan a éstos, como es el caso del Ombudsman.<sup>31</sup>

A su vez, resulta interesante comparar el funcionamiento de la opinión pública en los tres casos: En materia de tribunales administrativos, la falta de publicidad 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 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 sólo como arbitrador, sino también como crítico y como innovador.<sup>32</sup>

#### 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 merituar 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

<sup>31</sup> Ver *infra*, cap. V.

<sup>32</sup> Ampliar *infra*, cap. V.

previos que también éste determina. Aun así, el observador sagaz advierte con frecuencia cómo 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, por ejemplo, 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; sólo una decisión del Juez ordenando la suspensión de la ejecución de la decisión atacada podría reforzar eficazmente el control en 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 que recuerda.”<sup>33</sup>

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, él 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>34</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

<sup>33</sup>LONG, M.; WEIL, P., y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1978, 7ª ed., pp. 221-222. En el mismo sentido observa el Consejero de Estado M. SOUDET, en *Conseil d'Etat, Etudes 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>34</sup>CALÓN, JEAN PAUL, *Le Conseil d'Etat et la protection des libertés publiques*, París, 1980, mimeo, p. 17. El tema viene, desde luego, de larga data, como que ya fue señalado por HAURIUO, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, t. I, París, 1929, p. 649, a quien hemos transcritto en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. 2, cap. XX, § 13.

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 del 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.

Es que 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 traspíes políticos. Una sentencia adversa que no ocasione un traspíe 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, aun 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 fiscal y administrativo 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 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 qué costas deberá pagar si lo pierde. Y sí 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 potenciarse en 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 al Juez hacer, y 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>35</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 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>36</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.

<sup>35</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>36</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 (caso del Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, en la Argentina), 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.) Ver, al respecto, HUTCHINSON, TOMÁS, *Acción Contencioso-administrativa*, Buenos Aires, 1981.

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 aconsejar 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 sola solución, sino que apunta al menos dos y a veces más.

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, de brindar posibilidades más ciertas de solución al administrado, en cuanto le permite conciliar su posición con la de la administración, jugar con alguna 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 lincaamientos 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 más 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 consideren 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 cómo 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 la causación circular de la misma, así también podría hablarse de un círculo vicioso cultural y conceptual, de una causación circular del atraso político de 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, y 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 la ciudadanía, etc., 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 administración implica inexistencia de control so-

cial sobre la vida pública;<sup>37</sup> vemos también que el propio aparato administrativo del Estado no puede controlarse a sí mismo, como lo demuestra claramente el fracaso relativo de los diferentes medios de control sobre las empresas públicas, no obstante todos los esfuerzos que se han hecho.<sup>38</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 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, los tribunales judiciales por sí solos. 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, 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.

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>39</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

<sup>37</sup> Nos remitimos a lo dicho en el cap. I y en nuestros trabajos citados en la nota 2 del § 2 de dicho cap. I.

<sup>38</sup> *Infra*, caps. III y IV.

<sup>39</sup> Conf. JAFFE, LOUIS L., *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, 1965, pp. 320-327.

igualmente complementarse la creación de tales órganos con otros mecanismos indispensables en la administración moderna.<sup>40</sup>

<sup>40</sup>Nos referimos a la institución del Ombudsman, ya recordada anteriormente en este trabajo y sobre la cual volvemos en el cap. V.

