

INTRODUCCIÓN

La condición en que se encuentra el contencioso administrativo en Iberoamérica es interesante en más de un aspecto. Todas las influencias europeas y norteamericanas han encontrado, en algún momento y en determinados países recepción y adaptación. El Consejo de Estado francés, el Tribunal independiente belga, el sistema judicialista español y los tribunales administrativos norteamericanos con nombres de Cortes o Comisiones, todas estas figuras y algunas más, novedosas o inclasificables como los Consejos de Contribuyentes brasileños, o la Comisión Nacional de Criterio Arancelario mexicano, son apenas uno de los ángulos desde los que puede contemplarse un panorama complejo y en estado de constante transformación jurídico política.

Imaginar siquiera cuál pueda ser el porvenir legislativo de esta institución es absolutamente imposible, al grado de que toda referencia al derecho positivo deberá tomarse por la fecha del ordenamiento respectivo. No uno, sino todos los Estados iberoamericanos están cambiando constantemente su organización estatal, de modo que sería impertinente asegurar que un determinado cuerpo legal está vigente tal como fue conocido al estudiarlo.

La idea, pues, de recoger el mayor número posible de noticias sobre los sistemas positivos y sus doctrinas, se asemeja en mucho a la de un aficionado a la fotografía que capta el instante en perspectiva. Ni así continúa siendo el objeto, ni probablemente así se veía desde otro punto de referencia.

Pero no es del todo inoperante la revisión del derecho objetivo, porque la comparación es útil mientras no se confunda lo normativo con lo empírico, mientras no se considere que se conoce un sistema por el hecho de haber leído sus regulaciones. A esto debe añadirse que en todas las naciones hispanoamericanas es trascendental el criterio de sus tribunales, de tal manera que el sentido y la evolución de las disposiciones legislativas han sido dados por la jurisprudencia, unas veces adelantándose a los congresos y otras resistiéndolos o ayudándolos con mejor o peor fortuna.

Si el Consejo de Estado francés realizó una tarea asombrosa con la noción del desvío de poder, los tribunales iberoamericanos han llevado

a cabo conquistas de similar importancia, como sucede con el uruguayo en lo relativo al cumplimiento de sus sentencias, el panameño en lo tocante al acto discrecional, o el colombiano en cuanto a la reparación económica.

Infelizmente, en otros países el contencioso administrativo está paralizado, si no es que involuiona. Lo notable del fenómeno es que la necesidad de una justicia administrativa no parece sentirse con toda la fuerza que pudiera suponerse, tomando en cuenta la importancia de sus problemas. Países como México y Brasil se muestran tan ajenos al contencioso de plena jurisdicción, y tan satisfechos con otras vías de defensa de los derechos individuales, como el amparo y el mandamiento de seguridad, que fuerzan a pensar en si realmente el contencioso administrativo es indispensable en un Estado de Derecho.

Con diversas razones y por tratadistas de renombre, se ha sostenido que es inadecuado hablar del contencioso administrativo, porque lo correcto es aludir al proceso de contenido administrativo. Pero ante el panorama iberoamericano, de no tomarse como denominador general al contencioso, se corre el peligro de romper la unidad del tema.

Esto se aprecia mejor cuando se ejemplifica con un país que como México, tiene establecido un sistema de Estado de Derecho pero no un contencioso administrativo. La explicación se encuentra tan pronto como se advierte que la falta de unidad procesal no es sinónima de ausencia de control jurídico. El amparo en su mayor extensión, el juicio fiscal que ha desbordado sus límites lógicos para entrar en campos administrativos y contractuales, el proceso burocrático que ha seguido los lineamientos del laboral común, las juntas y jurados administrativos que califican infracciones de policía y conocen de recursos como antecedentes del juicio fiscal o del control de amparo, y una extensa gama de organismos indefinidos, constituyen un contencioso, pero no un proceso administrativo.

Por tanto, los dos términos deben ir unidos necesariamente. Ni contención pura, ni administrativo como calificación; sino contención como contenido, y proceso como continente. Pero ello sólo puede identificarse en la noción tradicional, anticuada y tal vez obsoleta del contencioso administrativo.

Afirmar que no existe en Perú o en Bolivia, o que sí se conoce en Ecuador, Brasil o Chile, es tan aventurado, como sostener que en ninguno de estos países hay un Estado de Derecho. En realidad, bien puede acontecer que los títulos jurídicos y los mismos derechos individuales, estén tanto o más consagrados y defendidos en una nación que cuente

con una regulación procesal administrativa, como en otra en que tales conceptos sean total o conscientemente negados.

Demandas contra el Estado, o contra un cierto organismo, o bien contra un titular legitimado, son conocidas en todas las latitudes. Lo importante es el porqué y el para qué del juicio. Demandar porque se tiene derecho no es igual a impugnar porque se tiene derecho; y desde el otro ángulo: pretender para que se reconozca la inoponibilidad no es igual a instar para que se declare la nulidad. Hay vías jurídicas que sólo llevan a la protección del sujeto de la promoción; en cambio otras consideran que el impugnante es un factor de la legalidad, y que su petición es trascendental para la seguridad o regularidad del sistema total y le confieren facultad de denunciar la ilegalidad como tal, sin importar el beneficio personal que pudiera obtener.

Abí parece radicar la tajante diferencia: un procedimiento de denuncia, una queja o una petición, no pueden surtir el mismo efecto de un recurso (reacertamiento) o una acción (pretensión). La sola manifestación es insuficiente. Muchas circunstancias impiden que el superior o el tercero imparcial intervengan con la energía jurídica necesaria, la suficiente para declarar, para establecer imperativamente la solución prevaleciente. Cuando el particular acude demandando, no es posible que se oculten o se silencien las conclusiones determinantes. Aquí no hay motivos de política, sino razones jurídicas que son conducentes o infundadas, pero siempre controlables legalmente.

Por estas y otras muchas razones, en el mismo Estado mexicano se ha venido desarrollando una corriente doctrinaria y legislativa, que se aproxima cada vez más al verdadero contencioso administrativo. Todavía hay resistencias de toda índole: algunos piensan que la solución consistiría en ampliar la eficacia del amparo, por más que su finalidad no pase de ser un mero control judicial; otros consideran inconveniente obligar el patrimonio fiscal en reparaciones que podrían alcanzar niveles inconcebibles y perjudiciales para el gasto público; también hay quien piense que el Estado sigue siendo inejecutable en el mejor de los sentidos, a lo que se añade el criterio de quienes continúan pensando en una separación de poderes como principio inderogable que impide el juzgamiento de la Administración; y no faltan los pragmáticos que opinan que en vía gubernativa se alcanzan mejores y más rápidos resultados, aunque las vías empleadas no sean exactamente ortodoxas.

No es, por lo mismo, superfluo volver una y otra vez sobre el tema, y esgrimir de nuevo viejos argumentos, o reiterar la consistencia que tiene el Estado de Derecho, concepto en el que no cabe la idea de un

ente intocable, casi siempre representado por cierto tipo de autoridad igualmente privilegiada por lo incontrolable de su actuación.

No bastan al caso, ni los calificativos ni los sucedáneos, no es admisible que se apele a la terminología hablando de garantías o amparo. Ni las primeras pasan de principios como orientaciones fundamentales, incluidas en la ley eminente, ni el segundo alcanza los grados de un juicio de inconstitucionalidad efectiva, ni sus medios cautelares tienen las virtudes interdictales de otras figuras históricas o de la legislación comparada.

Sobre todo, cuando el contencioso administrativo encuentra un supuesto sucedáneo en controles más o menos amplios, pero que no llegan al enjuiciamiento pleno del conflicto jurídico, al tiempo que se obstaculiza la evolución del derecho positivo, se recargan aquellos medios impugnativos, como ha sucedido con el amparo mexicano, que está a punto de resultar más perjudicial que benéfico, por la imposibilidad material de que esta sola vía resuelva todos los problemas del país.

Ésta ha sido la causa principal por la que se ha tenido que llegar, por enésima vez, a la reforma de la Constitución. En el Proyecto de Decreto, aprobado por la Cámara de Senadores en el mes de octubre, y por la de Diputados, en el de noviembre de 1966, a iniciativa del Ejecutivo de la Unión, que propone reformas y adiciones a los artículos 94, 98, 100, 102, 104, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya se dice literalmente en el artículo 104, fracción I, segundo párrafo, que las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.*

Y todavía se agrega en el párrafo siguiente que procederá el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia contra las resoluciones definitivas de dichos tribunales administrativos, sólo en los casos que señalen las leyes federales, y siempre que esas resoluciones no sean impugnables mediante algún recurso dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, es tanta la influencia del amparo, que en el párrafo final de esta fracción I, se añade que la revisión se sujetará a los trámites de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitu-

* Reformas publicadas en el *Diario Oficial* (Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos) el 30 de abril de 1968, tomo CCLXXXVII, núm. 51.

ción, fijados para la revisión en amparo indirecto, y la resolución que en ella dicte la Suprema Corte de Justicia, quedará sujeta a las normas que regulan la ejecutoriedad y cumplimiento de las mismas sentencias de amparo.

El Proyecto, ya aprobado, no sólo por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, sino originado en el Ejecutivo de la Unión (lo que hace pensar en lo remotísima de la posibilidad de su enmienda en los años venideros), ha quedado pendiente de publicación en el Diario Oficial (lo que vendría a marcar la fecha de su vigencia), exclusivamente para que en los próximos meses se expidan las reformas consiguientes a la ley de amparo y a la orgánica del Poder Judicial de la Federación, que tendrán que adecuarse a los nuevos lineamientos constitucionales.

Paralelamente, en las reformas universitarias a los planes de estudio, ya se prevé la creación de la cátedra del contencioso administrativo, y lenta, pero seguramente, este tipo de proceso se irá extendiendo a los Estados y ampliando su órbita de aplicación. Desde luego, cabe recordar que, como consecuencia del Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, celebrado en la capital del Estado de Zacatecas, en el año de 1966, se elaboró un proyecto de ley, que probablemente será la primera en la República sobre el contencioso administrativo de plena jurisdicción.

Y marginal, pero no sin gran vinculación con el tema, es la tarea que actualmente realiza el Departamento del Distrito Federal, al reformar sus reglamentos administrativos, entre los que se encuentra el que lleva por título el de Reglamento de los jueces de Policía y Tránsito. Es suficiente una revisión somera de sus 71 artículos, para advertir que el nombre de los funcionarios está correctamente dado, pues su competencia en materia de infracciones y quejas, abarca la sustanciación de positivos procesos (sin mengua de sus atribuciones para conciliar y prever la comisión de faltas o delitos; artículo 3º). En este juicio de faltas, de tipo oral, con audiencia pública, llano, expedito y sin formalidades excesivas (artículo 43), el inculpado puede accionar defendiéndose, ofreciendo pruebas y quejarse ante la Oficina Coordinadora (artículo 58).

Tal vez el proyecto no se elaboró pensando en un contencioso clásico, pero es manifiesto que influirá en su evolución si llega a ponerse en vigor como fue pensado (y salvo algunas modificaciones que se han sugerido para mejorar su técnica). Estas expresiones del control administrativo han de combinarse con otras figuras que han surgido por necesidades de la práctica, para propugnar por la unificación.

Al otro extremo de este movimiento que podría considerarse de evolución, se deben mencionar los casos de países que han dado marcha atrás o que han dejado pendiente por largos años la expedición de las leyes ordinarias. Destaca en primer lugar la misma República Oriental del Uruguay, que inexplicablemente ha detenido la aprobación de los proyectos de ley orgánica de su tribunal especializado. Sin embargo, este hecho es de menor significación si se le contrasta con el fenómeno de aquellos Estados que prácticamente han derogado o permitido que caiga en desuso este proceso, como acontece con Cuba y probablemente con Ecuador.

En la zona intermedia estaría un numeroso sector de Repúblicas que no dan señales de introducir reformas legales en este sentido. Desde Chile, Paraguay, Bolivia y Perú en Sudamérica, a Nicaragua, Honduras y El Salvador en Centroamérica, por diversas circunstancias la situación lleva a resultados semejantes. Es cierto que en unas partes la doctrina habla de estudios y proyectos, que en otras se invocan controles como el amparo, y que en las demás se advierte la transformación en lo tributario (tribunales fiscales); pero de todas maneras, el problema consiste en que no se instituye el contencioso de plena jurisdicción tan hondamente explorado particularmente en Colombia, Panamá y Costa Rica.

Son estos tres países los que ofrecen la más rica veta del contencioso administrativo. Ni Argentina con un considerable número de leyes provinciales, ni Uruguay con su respetable tribunal, ni Venezuela donde también se habla del contencioso de plena jurisdicción, pueden ofrecer, como los tres primeros, tan excelentes normaciones.

Es en la existencia de estas legislaciones que se apoya la afirmación de que sólo puede alcanzarse el fondo de la institución cuando una ley, franca y valerosamente confiere al particular derechos, positivos derechos individuales frente a la Administración.

Probablemente otras doctrinas sean superiores, más elaboradas, con mayores recursos de investigación; pero ante la obra jurisprudencial que se apoya en la ley vigente, el esfuerzo científico parece de menor trascendencia. Tal vez ello se deba a que el derecho, como obra colectiva que es, no puede depender del teórico, o por lo menos no tanto como de la práctica. La presencia de la ley puede acelerar la investigación con más eficacia que el surgimiento de verdaderas escuelas doctrinarias. A primera vista ello es discutible, pero la confusión proviene de una ilusión de óptica, porque se toman las grandes obras en sí y por sí, olvidando que las pequeñas, las anónimas que son los documentos procesales tienen más vida que aquéllas.

Para confirmar lo anterior están al alcance del estudioso las conquistas jurisprudenciales colombianas o panameñas, cuyo avance parece no temer a los dogmas doctrinales. Es así como las nociones de acto discrecional, exceso, desvío y abuso de poder, acto administrativo y acto civil, legalidad y constitucionalidad, para no citar sino algunas de las cuestiones más importantes, han sido repensados y en muchas ocasiones se han superado obstáculos seculares como el de inejecutabilidad del Estado.

Pero esto sólo es posible cuando los tribunales tienen el respaldo legislativo. El juez puede atreverse (sobre todo cuando está en el peldaño superior de su escala orgánica) a combatir enérgicamente vicios y ficciones cuando está facultado para sentenciar el fondo mismo del conflicto. En la situación contraria, cuando un tribunal está llamado a controlar o simplemente a revisar la formalidad de los actos, entonces suele evadir su alta responsabilidad, refugiándose en la inagotable gama de improcedencias. El sobreseimiento es el más cercano, fácil y socorrido medio de aplicar el místico non liquet.

Son tantos y tan innumerables los problemas que surgen en la cotidiana relación entre los particulares y la Administración, y en muchos, si no es que en la mayoría, versan cuestiones trascendentales, que el juez del control halla más cómodo rehuir el estudio multiplicando las causales de inatendibilidad. En la misma vía del amparo, sostenida por disposiciones constitucionales, la exploración de problemas como la competencia de origen o la autoridad de hecho, los conflictos orgánicos y hasta cuestiones consideradas jurídicamente insignificantes, pero socialmente de gran importancia, como las sanciones exorbitantes (clausura provisional o definitiva en vez de multa, detenciones infundadas o arrestos improcedentes), o no se efectúan sencillamente, o se consideran insuficientemente extemporáneas.

Es por ello que el conocimiento del contencioso de plena jurisdicción tiene gran importancia para los países que no lo cultivan, probablemente más que para aquellos en donde está en vigor, porque permite acudir, como a una tabla de salvación, a un hecho innegable. En la confrontación de sistemas es que se hace posible la afirmación de tesis que de otra manera parecerían sutilezas o bizantinismos. Volver sobre el concepto de acto, revisar el alcance de la función administrativa, tal y como se intenta en las siguientes páginas, es poco menos que superfluo si se atiende a un orden jurídico en que los problemas de legalidad están tratados como cuestiones de inconstitucionalidad.

Apenas cuando se estudia el contencioso subjetivo, es que se manifiesta la importancia de distinguir entre acto y contrato, falta y delito,

desacuerdo y litigio, recurso y acción. Muchas y muy buenas razones se han esgrimido para pugnar por la creación de tribunales de lo administrativo, a ellas debe agregarse la que consiste en que es a tales órganos jurisdiccionales a quienes se debe la destrucción de las barreras que defendían la intocabilidad de la función administrativa, calificada en muchos aspectos como actividad política o simplemente gubernamental, pero incontrolable. Los resultados de estas experiencias han permitido ampliar el ámbito de lo contencioso administrativo, y en Costa Rica ya se da competencia al tribunal para conocer de delitos vinculados con el mismo. Basta, entonces, confrontar esa solución con los problemas que se presentan en México respecto al contrabando juzgado fiscalmente por un tribunal y criminalmente por otros (contradicciones en los fallos, injusticias y molestias son la experiencia diaria).

Así pues, aunque no se pueda predecir el futuro del contencioso de plena jurisdicción, ni siquiera en países que como México se acercan constantemente a su implantación, por lo menos hay la certeza de que se trata de una institución practicable, útil y significativa. Pero no es suficiente afirmarlo, se requiere completar la idea, puntualizando que no tiene sucedáneo: ni el mero procedimiento administrativo con su diversidad de recursos, ni el control constitucional de más elevado rango pueden sustituirle.

Prueba de ello es que en esos tres países de ejemplar legislación que son Colombia, Panamá y Costa Rica, al lado del contencioso administrativo subsisten otras instituciones, desde el anglosajón habeas corpus, al recurso de inconstitucionalidad, desde la casación europea al amparo mexicano, y sin embargo, el contencioso administrativo tiene un campo bien definido y una eficacia especial.

No hay sucedáneo para el contencioso de plena jurisdicción, porque es el verdadero proceso en lo administrativo, porque es el más democrático de los procesos, entendiendo por tal el medio efectivo para igualar las posibilidades jurídicas de las partes en contienda.

El proceso en lo civil presta grandes beneficios a los gobernados, el proceso penal defiende a la comunidad contra las transgresiones de sus miembros; pero el contencioso administrativo pone en igualdad de condiciones jurídicas a gobernantes y gobernados, les equipara en derechos y obligaciones, les asimila como accionantes y les fuerza a demostrar sus razones legales.

No sería suficiente un juicio de responsabilidad de los funcionarios, incoado ex post facto y para el solo fin de castigar. Es indispensable que el ofendido por la mala administración sea indemnizado, que el

INTRODUCCIÓN

17

lesionado por el acto arbitrario sea directa y efectivamente protegido, y que la sociedad toda, universalmente legitimada, pueda acudir ante el tribunal competente, demandando o acusando el acto ilegítimo para anularlo con efectos erga omnes. Éste es el verdadero coronamiento del orden jurídico de un Estado de Derecho y su implantación no puede obviarse con otras fórmulas más líricas, más impresionantes, pero menos eficaces.