

PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA EL ESTADO DE MORELOS

Eduardo Lucio VALLEJO

SUMARIO: I. *El derecho administrativo y el derecho procesal administrativo*; II. *El Estado de derecho y lo contencioso administrativo*; III. *Los elementos de lo contencioso administrativo: el órgano, la materia y el procedimiento*; IV. *Recomendaciones*.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

El estudio de lo contencioso administrativo, importa el análisis de una cuestión de fondo y de forma. La primera vinculada al derecho administrativo y la segunda al derecho procesal administrativo.¹ No creo que la división deba ser tajante, ni mucho menos. La ciencia del derecho es una sola y las especialidades no deben conducir a una separación aislante en detrimento de aquélla. La teoría general del derecho, manantial inagotable de vida, debe ser el punto de unión y de contacto. Por otra parte, el derecho procesal es una ciencia con mentalidad de servicio y sus normas son normas medios, porque hacen de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas, y normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho.²

¹ En la República Argentina, la cátedra enseña conjuntamente la “materia” y el “proceso administrativo”. Se hace necesaria la separación. Ello permitirá la clarificación de lo que es la “materia” y la regulación positiva de lo segundo, ubicando al “derecho procesal administrativo”, al lado del “derecho procesal civil”, del “derecho procesal penal”, en una correcta unidad científica. Recomendamos en la enseñanza la separación del estudio de la “materia” y de la “forma”.

² Devis Echandía, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. Aguilar; Eduardo Lucio Vallejo, “Hechos y actos jurídicos. Hechos y actos jurídicos procesales”, *Revista del Instituto de Derecho Civil y Comparado de la Facul-*

II. EL ESTADO DE DERECHO Y LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El Estado de derecho representa un orden jurídico total. Es principio indiscutido que la administración debe manifestarse permanentemente en forma jurídica.³ Ello implica reconocer a ésta dentro de una estructura jurídica, actuando en legalidad. La vieja concepción de la administración como expresión del poder sin fronteras normativas y sin control jurisdiccional ha desaparecido. La voluntad omnímoda del príncipe, o la manifestación autoritaria de los tiranos de turno, ha caducado, cediendo paso a nuevas ideas fundamentadas en el derecho, el que no ha hecho más que recoger las exigencias de una concepción de vida, caracterizada por el respeto de los derechos esenciales del individuo actuante en una sociedad organizada.

Si el fin del ordenamiento jurídico del Estado es el bien común y si éste presupone inspiración ética, es evidente que debemos sacar de la órbita de lo discrecional la mayor cantidad posible de hechos y actos de la actividad administrativa. No se desea, ni se quiere, coartar la agilidad y la flexibilidad de la administración. Se pretende una actuación enmarcada en normas preestablecidas, no que “limiten” sino que “delimiten” el accionar público.⁴ Con ello se consigue una doble finalidad: 1) Una administración con “libertad jurídica”, en resguardo de la arbitrariedad violatoria de derechos subjetivos, o de la ilegalidad afectante de intereses jurídicos legítimos.

III. LOS ELEMENTOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: EL ÓRGANO, LA MATERIA Y EL PROCEDIMIENTO

Los distintos sistemas contenciosos administrativos describen y justifican, por igual, como necesarios tres elementos: 1) el órgano con-

tad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, 1969. Couture solía decir que debe evitarse el “provincialismo jurídico” y en la misma línea su discípulo Gelsi Bidart se manifiesta contrario a “sectorializarse” en demasía. Entendemos que este último punto de vista —la mentalidad de servicio del derecho procesal— no quita ni mengua a éste en jerarquía científica. Al contrario, su exacta ubicación en la ciencia del derecho abrirá los horizontes de la investigación. Permitiendo que cumpla fielmente su cometido.

³ Fiorini, Bartolomé, *Qué es lo contencioso*, Argentina, Abeledo Perrot, 1965.

⁴ Andreozzi, Manuel, *La materia contencioso administrativa. Bases para su codificación*, Tucumán, Editorial Violetto Miguel, 1974.

tencioso administrativo; 2) la materia contencioso administrativa y 3) el procedimiento contencioso administrativo. Pienso que el primero y el último integran el derecho procesal administrativo.⁵

A. El órgano contencioso administrativo

Dentro de lo contencioso administrativo, el problema del “órgano contencioso administrativo” está referido a la pregunta de quién debe juzgar a la administración pública: tribunales judiciales o tribunales administrativos.⁶ Sobre el particular, los sistemas se pueden agrupar en dos: a) sistema francés y b) sistema angloamericano. Descartamos, para simplificar, el sistema “intermedio” de tribunales administrativos con decisiones revisibles ante los organismos judiciales.

El sistema francés se caracteriza por: a) no formar, el tribunal, parte del Poder Judicial, sino del poder administrativo; b) ser irrecurribles sus decisiones ante el Poder Judicial; c) el tribunal aplica el derecho administrativo; y d) se distingue y funciona separadamente de la administración activa. Actúa en ejercicio de una delegación plena. Sus defensores enumeran las siguientes ventajas: a) la perfecta vigencia de la teoría de la división de poderes, impidiendo la intromisión del poder judicial en la vida de la administración; b) la idoneidad determinada por la especialidad del tribunal; y c) la labor pretoriana del Consejo de Estado.⁷

⁵ Fiorini, Bartolomé, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

⁶ Sobre el tema recomendamos la lectura de *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, de Jorge Tristán Bosch, Buenos Aires, Zavallá, 1951.

⁷ El Consejo de Estado está compuesto por juristas y funcionarios experimentados en la actividad administrativa. En Francia hasta el año 1953 el Consejo de Estado era un tribunal de primera y única instancia, decidiendo como tribunal de casación en los litigios contencioso administrativos de los consejos prefecturales. Después de la reforma de 1953 que se completa con la del año 1957, actúa como tribunal de segunda instancia. Los procesos comunes, por oposición a los contencioso administrativos, resueltos por los tribunales judiciales, son recurribles ante el Tribunal de Casación. A su vez, el Tribunal de Conflictos resuelve las cuestiones de competencia que se suscitan entre el Consejo de Estado y los tribunales judiciales.

Según Hauriou, entre las “razones jurídicas válidas para todos los países”, que fundamentan el sistema de tribunales administrativos, figuran el requerimiento de una especial idoneidad en los jueces que deben intervenir en un género especial de asuntos y la mayor facilidad de lograr que el poder público se someta a un juez y corra el riesgo de una condena, “si, en lugar del juez ordinario, se trata de un juez especial, sobre todo si por cierta vinculación —*par quelque attache*— este juez le pertenece”. Además se encuentra que constituyen no despreciables

Sin polemizar nos atrevemos a decir que la teoría de la división de los poderes ha sido mal interpretada en Francia. Los decretos del 22/12/1789,⁸ como así la constitución de 1791, no fueron más que reacciones en contra del avance de los parlamentos en época anterior a la Revolución Francesa. La separación de los poderes entraña una distribución de funciones estatales por diferentes órganos en un juego de pesos y contrapesos, de manera que ninguno de ellos pueda imponer su voluntad. Nada obsta a la recíproca colaboración en función de gobierno.

En Francia, de la jurisdicción “retenida” se pasó a la jurisdicción “delegada” lo que demuestra que se sintió la necesidad de que el tribunal administrativo encargado de lo jurisdiccional contencioso tuviera independencia, punto de partida para el desempeño de tan excelsa como delicada misión. En nuestra manera de pensar, resulta objetivamente evidente que cuando una de las partes en conflicto sea la administración, no debe ejercer ella la función jurisdiccional, sino un órgano distinto, independiente y autónomo, exento de influencias desnaturalizantes. Rafael Bielza, partidario del sistema francés, expresó: “Lo contencioso administrativo, en cuanto función administrativa, tiende a convertirse en una verdadera función judicial, sea por el procedimiento y los principios que lo regulan, sea por la índole que en razón de las propias funciones adquieren los tribunales administrativos, que propenden a individualizarse y a independizarse del poder administrador o de la administración activa, en órganos especializados, con lo cual se asegura para los adminis-

factores de progreso del derecho administrativo, tanto el carácter pretoriano del Consejo del Estado como hasta los mismos conflictos de competencia que se produzcan entre los dos órdenes de tribunales existentes (Hauriou, *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12 ed., París, 1933). Para Bonnard los fundamentos actuales de la regla de la separación de las autoridades se resumen en uno de aptitud. Según él, los tribunales administrativos son más aptos que los judiciales para desempeñar la función que les está atribuida: 1º por el conocimiento más profundo de la organización y funcionamiento de la administración que poseen; 2º por el papel pretoriano que desempeñan (falta apego a los textos escritos); 3º porque no se hacen sospechosos a la administración cuando dan la razón al particular, pues están en algo relacionados con ella (Bonnard, Roger, *Precis de Droit Administratif Français*, 2a. ed., París, Ed. Eirey, 1935).

⁸ El decreto del 22/12/1789 dice lo siguiente: “Las administraciones de departamento de distrito no podrán ser perturbadas en el ejercicio de las funciones administrativas por ningún acto del poder judicial”. En el mismo sentido el artículo 3º de la Constitución del año 1791. La ley 16 del Fructidor disponía: “Se prohíbe intervenir a los tribunales de conocer los actos de la administración de cualquier especie que ellos sean”.

trados las garantías que el sistema de la jurisdicción única invoca. Es precisamente lo que ha ocurrido en Francia respecto al Consejo de Estado.⁹ Bosch¹⁰ con certeza señala que un ligero examen del problema del cumplimiento por la administración de las sentencias que dictan los órganos de la administración jurisdiccional, basta para convencer definitivamente sobre el carácter judicial, diríamos, de los actuales tribunales franceses.

Para Fiorini,¹¹ el sistema francés destruye la unidad de lo jurisdiccional, al ubicar parte de ella en la administración y no en lo judicial. Ello no quita a la función del Consejo de Estado el carácter de jurisdicción, pues el conocimiento y decisión del derecho litigioso, aunque una de las partes sea la administración, se hace por un organismo superior a ellas, e independiente de éstas.

La idoneidad del tribunal administrativo no es discutida. Ella no es privativa de los órganos jurisdiccionales administrativos. Más aún: ¿integrados éstos por legos es posible pensar que ellos aplicarán la ley con más propiedad que el jurista? Evidentemente, no, por la sencilla razón de que la materia administrativa no está determinada, no tiene límites precisos. El derecho administrativo vive con más intensidad los contragolpes de la transformación, adecuando constantemente sus normas a las necesidades del bien público, y cuando existe la necesidad de su interpretación, o de su adecuación normativa, se debe recurrir a la teoría general del derecho y a los principios orientadores de la filosofía jurídica, temas vedados al lego.

En el terreno de lo práctico, la supuesta ausencia de idoneidad, se suple con la creación de tribunales especializados en la materia. Ello ha dado un gran resultado en los países que lo adoptaron.

Sin lugar a dudas, es un hecho reconocido por todos la extraordinaria labor pretoriana del Consejo de Estado. La creación del recurso por "exceso de poder", quizás sea la causa de que autores como Bielsa en la República Argentina y la V Conferencia Nacional de Abogados reunida en Santa Fe (República Argentina) en 1940, abogaran por el sistema de los tribunales administrativos. Sin entrar al terreno de si es facultad jurisdiccional crear el derecho o simplemente aplicarlo, a título ilustrativo, hacemos notar que en nuestro país la labor de la Corte Suprema de Justicia referente a lo contencioso administrativo es notable. Igual ha ocurrido con los su-

⁹ Bielza, Rafael, *Derecho administrativo*, tomo IV, p. 280.

¹⁰ Bosch, Jorge Tristán, *op. cit.*

¹¹ Fiorini, Bartolomé, *op. cit.*

periores tribunales de provincia, que por disposición constitucional son los encargados de resolver en instancia única lo contencioso administrativo. La Corte Suprema se ha expedido sobre: nulidad de los actos administrativos, cosa juzgada administrativa, responsabilidad de la administración pública, acto o hecho arbitrario o manifiesto o inequívoco, etcétera, en forma tal, que su producción jurisprudencial es orgullo de la ciencia administrativa del país.

b) Sistema angloamericano: se caracteriza fundamentalmente por el carácter judicial del órgano jurisdiccional encargado de resolver lo contencioso administrativo, ya sea originariamente o en revisión.¹² Se partió de una concepción distinta de la separación de poderes, admitiéndose la existencia de una sola clase de normas para regir indistintamente todo género de relaciones, privadas o públicas.

Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, el acrecentamiento de la actividad administrativa por un lado y la pesada actividad jurisdiccional a cargo del Poder Judicial entorpecedora de aquélla, trajo como consecuencia la creación de órganos jurisdiccionales administrativos especiales con mayor o menor independencia de la administración activa.¹³ Se habló también de la falta de idoneidad judicial, de un excesivo apego a teorías individualistas, pero lo cierto es que la jurisdicción administrativa “retenida o delegada”, acaparó casi todo lo contencioso administrativo. El extremo trajo la reacción y obras como las de Willeam A. Robson, *Justicia y derecho administrativo*; Frederik J. Port, *Derecho administrativo*; Carleton K. Allen, *La burocracia triunfante*; y la publicación del juez Sir Hewart of Bury titulada *El nuevo despotismo* (año 1929), trajeron como consecuencia que en Inglaterra se designara una comisión oficial para estudiar los poderes ministeriales, que se expidió aconsejando, el asignamiento de las Cortes (Poder Judicial) de una jurisdicción apelada de revisión (*apellate jurisdiction* y *supervisory jurisdiction*). Se completó el informe de la comisión, con la recomendación de

¹² Bosch, *op. cit.*, pp. 195 y 196, señala que tanto los ingleses como los norteamericanos denominan genéricamente *administrative tribunals* a todos los órganos o agentes pertenecientes al poder administrador que ejercen una función jurisdiccional y poseen competencia especial para resolver una determinada clase de contiendas de derecho, sin distinguir si se trata de órganos o agentes indiferenciados dentro de la administración, o más o menos separados de la misma, dependientes o no de la revisión del Poder Judicial respecto de sus decisiones y con jurisdicción en materia contencioso administrativa o civil.

¹³ La actividad jurisdiccional judicial se caracterizaba en Inglaterra por un tradicional procedimiento lento. Aparte de ello existía una marcada tendencia civilista en los jueces, contrastante con la dinámica de la actividad administrativa.

que la delegación de facultades judiciales en favor del poder administrador, sea lo menos frecuente posible, tratando de que, cuando ello ocurra, la delegación sea ejercida por un tribunal ministerial no sometido a la influencia de la opinión o a las directivas de un ministro. Se dejó establecido, para evitar el entorpecimiento del proceso de revisión, plazos de apelación, trámite ágil e instancia única.¹⁴

En Estados Unidos ocurrió un proceso similar al inglés, pese a que el sistema de contralor de la legalidad administrativa establecido en la Constitución de Filadelfia de 1787, es igual que el argentino, eminentemente judicial. A pesar de la “invasión” del control jurisdiccional administrativo en esta materia, en Estados Unidos no se operó la creación inglesa. La energía e intensidad de las recomendaciones de la Comisión Oficial Inglesa (1929), tuvo en Norteamérica concreción limitada al recurso de revisión, de concesión amplia en las cuestiones de derecho, y restringida en las cuestiones de hecho a los casos de prueba “dudable”. Las cuestiones de hecho donde existía prueba “razonable” no eran revisibles. Tampoco se ejerce control por vía de apelación cuando la administración actúa en virtud de “prácticas” de prolongada aplicación.

El sistema judicialista en Argentina

En la República Argentina, el sistema es “judicialista”, impuesto tanto en el orden nacional como en el orden provincial por claras disposiciones constitucionales.

En el orden nacional, los artículos 23, 95 y 100 constitucionales¹⁵ indican claramente que el ejercicio de la jurisdicción (“conocimiento” y “decisión” de las “causas”, corresponde al poder judicial en el orden federal integrado por la Corte Suprema de Justicia, cámaras federales y jueces de sección en cada provincia. Se excluye expre-

¹⁴ Sobre el tema, Bosch, *op. cit.*, pp. 204-212.

¹⁵ Constitución Nacional: artículo 95. “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Artículo 100. “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas... de los asuntos en que la Nación sea parte...”. Artículo 23. “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que ponga en peligro el ejercicio de esta constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará el estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedan suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República ni condenar ni aplicar penas”.

samente (artículo 95, de las facultades del Poder Ejecutivo las funciones judiciales, estableciendo que, en ningún caso puede arrogarse tal autoridad, como tampoco avocarse al conocimiento y decisión de causas pendientes o restablecer las fenecidas. Ni aun en caso de conmoción interior, cuando por esa causa se decreta el estado de sitio, el Poder Ejecutivo no podrá condenar por sí ni aplicar penas (artículo 23).

El artículo 100 de la Constitución nacional, indica por otra parte el juzgamiento de la nación por el Poder Judicial, “de los asuntos en que la nación sea parte”. Ello implica que lo contencioso administrativo cae bajo la decisión del órgano jurisdiccional, que el Poder Judicial es el encargado de hacer respetar el orden de prelación y primacía consagrado en el artículo 31 de la Constitución.¹⁶ El orden kelseniano, que custodia la Corte Suprema, se hace efectivo por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad regulado por la ley número 48 en sus artículos 14, 15 y 16. Este recurso que procede contra toda sentencia de carácter definitivo que cause un gravamen irreparable, es extensivo al control de la actividad administrativa, que puede ser llevada a juicio cuando sus hechos o actos están en pugna con la Constitución nacional.

La regulación constitucional es tan completa en el orden nacional, que aparte de las disposiciones transcritas, el Poder Judicial encargado de juzgar a la administración goza de total independencia. Los jueces son inamovibles y sus sueldos no pueden ser disminuidos en manera alguna (artículo 96 de la Constitución nacional). El sistema de control jurisdiccional de la administración por parte del Poder Judicial en la República Argentina es definido con rai-gambre constitucional. Las pocas delegaciones administrativas de carácter jurisdiccional son totalmente revisables; las cámaras federales, o los jueces federales en el orden provincial y las salas en lo contencioso administrativo en la capital federal, actúan como tribunales de segunda instancia, con poder de revisión amplio sobre lo resuelto por los tribunales administrativos.¹⁷

¹⁶ Constitución nacional: Artículo 31. “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la Ley Suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario. . .”

¹⁷ Por ejemplo: en “Lo contencioso aduanero”, las decisiones del director o receptor de aduanas, son apelables, optativamente por ante la sala contencioso administrativa federal (la materia determina lo federal) o el director general de

En el orden provincial, con excepción de los estados de Chubut y Santa Cruz, todas las constituciones determinan como órgano jurisdiccional judicial al supremo tribunal, que actúa por vía de recurso o de acción, en instancia única. Ello ocurre aun en las provincias que tienen códigos contenciosos administrativos.¹⁸ El sistema tiene la ventaja de que, cualquier Ejecutivo con pretensiones dictatoriales, debe someterse al sistema que es permanente, en la medida de la rigidez de las normas constitucionales.¹⁹

B. La “materia” contencioso administrativa

La determinación del ámbito de lo contencioso administrativo constituye un problema altamente complejo, pues depende de conceptos en torno a los cuales no reina en manera alguna unanimidad de criterios, como son los de derecho administrativo y de derecho público.²⁰

En esta última instancia, cuando el investigador trata de poner un poco de orden en las ideas, a fin de salir de la nebulosa que encierra estos conceptos básicos, tropieza con la necesidad de definir el concepto mismo del hombre. Por nuestra parte anticipamos que

aduanas; igual ocurre con lo “contencioso tributario”; el particular puede recurrir ante el juez directamente, o ante el tribunal fiscal de carácter administrativo, quienes actúan como tribunal de primera instancia, con apelación en ambos casos por ante la sala contencioso administrativa.

¹⁸ Sobre un total de 22 provincias, 8: Buenos Aires, Salta, San Luis, Córdoba, Santa Fe, Jujuy, La Rioja y Santiago del Estero, tienen códigos contenciosos administrativos.

¹⁹ El artículo 30 de la Constitución nacional, dispone que: “La Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto.

²⁰ Bartolomé Fiorini, *op. cit.*, expresa: “podríase definir a la materia contencioso administrativa como el elemento esencial que impone la jurisdicción contencioso administrativa. Es realmente la *ratione materiae* de esta jurisdicción. Este elemento es el que ha sido más confusamente analizado y el que más ha sufrido los impactos derivados de la presunta división de los actos administrativos en actos privados de la administración pública y actos de derecho administrativo. No se puede afirmar que la doctrina sobre este tema sea muy pacífica y que se encuentre agotado totalmente su estudio. No hay jurista que no aporte su despunte de novedad impidiendo, en esta forma, la concepción definitiva. Por la misma razón que esta cuestión fue promovida en Francia, todas las rectificaciones o modificaciones que el tema ha sufrido en ese país, se han reflejado, en forma profunda o superficial, sobre la doctrina, la jurisprudencia y la legislación del derecho comparado”.

adoptamos como punto de partida la concepción aristotélica según la cual el hombre es un ser social, y aferrándonos a ese enfoque, que estimamos correcto, nos negamos a admitir cualquier tesis que conduzca a una mutilación de esa realidad sustancial.

1. La distinción entre derecho público y derecho privado, es clásica. En torno a ella se han formado los más variados sistemas, pues hay quienes la admiten y quienes la niegan. Entre los primeros, unos la conceptúan como la *summa divisio* de las ramas del derecho, mientras otros estiman que entre ambas categorías corresponde situar uno o más términos intermedios. Y ciñéndonos a los partidarios de esta división, todavía cabe añadir que reina una verdadera anarquía en torno a determinar el *criterium* que debe adoptarse para la distinción.²¹

Por nuestra parte, regulamos nuestro pensamiento siguiendo las siguientes pautas:

a) En rigor, no es de las ramas del derecho (por ejemplo: derecho civil, derecho penal, derecho procesal, derecho administrativo) que debe preguntarse si forman parte del derecho público o del derecho privado, sino de los preceptos jurídicos aislados. Bajo este punto de vista, de todo precepto puede predicarse si pertenece al derecho privado o al derecho público.²²

Los preceptos jurídicos se agrupan formando grandes instituciones, y en sentido traslaticio puede predicarse de estas instituciones que son de derecho privado o de derecho público. Con ello no se pretende que estén integradas exclusivamente por preceptos de uno u otro carácter, sino que se formula la afirmación de que son dominantes los de un tipo determinado.

Y forzando esa idea traslaticia, podemos hacer otro tanto con las grandes ramas del derecho, teniendo en cuenta el tipo dominante de las instituciones que regulan.

b) La nota distintiva que separa a los preceptos de derecho privado de los de derecho público, reside a nuestro entender sustancialmente en ésta: los primeros atienden principalmente al interés

²¹ Los números son ilustrativos. Federico de Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, p. 78, señala en torno al problema; “a principios de siglo se podía contar unas diecisiete teorías, y hoy se podría llegar sin dificultad al medio centenar”.

²² Radbruch, B., *Filosofía del derecho*.

de los particulares, y los segundos a los de la sociedad organizada como Estado.²³

Decimos “principalmente”, porque si en el primer caso se atiende directa y primordialmente al interés individual, ello es porque mediatamente sirve así al interés de la sociedad, mientras que en el segundo, se tutela al interés social porque de ese modo mediatamente se protege al individuo.

La sociedad no debe primar sobre el individuo, pues ha sido hecha para éste, y no éste para aquélla. Pero el derecho tampoco puede estructurarse de tal modo que en los conflictos posibles entre un individuo determinado y la sociedad prevalezca siempre el individuo, pues ello llevaría a la destrucción de la comunidad, y por lo tanto a la mutilación del hombre descrito como ser social.

Grave es la tarea de encontrar el justo equilibrio. Ello será posible en la medida en que se respete tanto el interés individual como el general, y será preciso la existencia de preceptos que contemplen una y otra clase de interés. Se dirá que lo ideal sería que cada precepto los contemplara conjuntamente y en su adecuado equilibrio, pero este es imposible, pues así como el hombre habla con palabras que reunidas cobran un sentido, así el derecho se expresa fragmentariamente con los preceptos aislados que es preciso reunir luego en un conjunto armónico cuando se trata de decidir un caso. Pero examinados aisladamente, cada uno solo expresa una parte fragmentada del discurso total.

c) En el sentido anteriormente indicado es que defendemos la existencia del derecho privado y del derecho público. No se trata de una separación radical, sino de una división provisoria, por así decirlo, del único derecho que habla fragmentadamente, errando quienes por exagerar la distinción piensan en algo así como dos derechos que corren paralelamente y que constituyen como dos enemigos que se encuentran en constante lucha, pues una concepción de este tipo fatalmente deberá conducir a la consecuencia de que uno de los dos no es derecho. Pero la distinción existe, porque exis-

²³ El criterio que adoptamos tiene una antigua raigambre, como que deriva de un texto del *Digesto* basado en Ulpiano: “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatus. Publicum ius est, quod ad status rei Romnae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. . .*” Verdad es que el texto ha sido objeto de varias interpretaciones, e inclusive sospechado de interpolación (sobre ello: Castro y Bravo, *op. cit.*, pp. 69 y ss.), pero constituye el indudable apoyo y punto de partida de las teorías sobre el interés que bajo distintos ropajes late en múltiples doctrinas.

ten los dos aspectos, y las teorías que la niegan fatalmente conducen al desconocimiento de uno de esos intereses.²⁴

2. El derecho administrativo es derecho público. Tal es su primera nota; entendida, asimismo, la afirmación en el sentido traslativo relativo que dejamos esbozado: el derecho administrativo abarca el estudio de instituciones integradas predominantemente por preceptos de derecho público.

Pero con afirmar esto, se ha dicho todavía bien poco.

a) Para caracterizarlo, podemos recurrir a notas de tipo negativo, y decir por ejemplo que el derecho administrativo no es ni el derecho constitucional, ni el derecho penal, ni el derecho procesal, etcétera. Una visión de este tipo puede tener —dentro de su imprecisión, al suponer la previa definición de las otras “ramas” del derecho— una cierta utilidad, cuando se trata, por ejemplo, de determinar el concepto de la materia “contencioso administrativa”. Es así con esta idea negativa que se procede cuando se excluye del control contencioso administrativo a los actos “institucionales”.²⁵

Sin embargo, conviene detenerse en este punto de vista, siquiera sea para rechazar la doctrina que considera como propio del derecho administrativo lo relativo al contralor jurisdiccional de los actos de la administración,²⁶ con lo cual se introduce dentro de él todo

²⁴ Castro y Bravo (*op. cit.*, p. 87), señala el inconveniente que presentan las teorías dualistas que llevan a considerar o al derecho privado o al derecho público como algo extrajurídico, abriendo las puertas a las teorías negativas que sostienen la uniformidad, y combatiendo tanto el dualismo como la uniformidad, proclama la unidad del derecho (p. 91). No debe asombrarnos la tensión de los principios, pues ella está en la vida, y se produce en una serie de otros aspectos, y un derecho que aspire a reflejar la vida debe ser capaz de traducirla. Así, por ejemplo, aunque prescindieramos (por hipótesis) de los intereses generales y sólo viéramos los privados, siempre tendríamos la tensión entre los intereses privados de un individuo y el otro. Siempre hay intereses, principios, valores, que tomados aisladamente parecieran estar en pugna, pero que rectamente entendidos deben ser coordinados para servir al ideal del derecho. Así, por ejemplo, podemos preguntarnos si vale más la justicia o la seguridad jurídica, pero a poco que reflexionemos advertiremos que la seguridad jurídica, sin justicia, conduce a la más odiosa de las tiranías, mientras que la justicia sin seguridad jurídica, no pasa de ser un espejismo —dadas las limitaciones del hombre— y de hecho conducen a una peligrosa anarquía donde naufragan todos los valores del derecho. La institución de la cosa juzgada procesal, como la de la inmutabilidad del acto administrativo, responden precisamente a la necesidad de seguridad jurídica.

²⁵ Dice Fiorini (*op. cit.*, p. 240) refiriéndose al concepto de derecho administrativo que a veces se lo delimita a través de exclusiones; pero aun así, no es muy fácil la determinación de lo que no queda excluido. Si la doctrina no ha podido distinguir lo que “no es”, resulta entonces difícil destacar y enseñar lo que “es”.

²⁶ Tal es lo que entre nosotros enseña Bielsa (*Derecho administrativo, cit.*).

el aspecto procesal. Pensamos que corresponde distinguir entre las leyes de fondo y las de forma, y que si estas últimas se mantienen dentro del derecho administrativo, será preciso distinguir entre el derecho administrativo sustancial y el procesal. Pero si se examina la naturaleza de este último, científicamente es más lógico aproximarle al procesal civil y al procesal penal, formando con él una única disciplina. Lo contrario implicaría la mutilación científica del derecho procesal, pues con análogo criterio, habría que estudiar, por ejemplo, al procesal civil como un mero capítulo del derecho civil.²⁷

b) Cuando se busca una caracterización de tipo positivo, se tropieza con una dificultad inmediata, como se advierte en la mayoría de las definiciones que se dan del derecho administrativo, las que de un modo u otro incluyen términos como los de “administración pública”, “administrar” y sus derivados. No parece de buena técnica utilizar en la definición el término definido, o algunos de los que con él tienen idéntica raíz.

Contra esta regla peca, a nuestro entender, una definición como la de Marienhoff, tan completa desde otros puntos de vista, y según la cual debe definirse al derecho administrativo como “el conjunto de normas y de principios de derecho público interno, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública, como así la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados”, pues en ella se hace uso y abuso del vocablo “administrar” en sus diversos derivados.

Lo peligroso de tal terminología se pone de manifiesto cuando se compara esa definición con la muy similar de Zanobini, para quien el derecho administrativo es “la parte del derecho público, que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las consiguientes relaciones jurídicas entre la misma y los otros sujetos”. En efecto, a través de

²⁷ La afinidad entre las diversas disciplinas procesales es grande, y no es difícil señalar principios comunes a todas, incluso según cierto criterio, verdadero derecho público es únicamente el procesal, quedando el administrativo relegado al carácter de derecho privado, tesis que por cierto no compartimos y que sólo recordamos a título ilustrativo. Pero los puntos de contacto entre el procesal administrativo y el procesal civil, son por demás evidentes, tanto, que muchas legislaciones sujetan directamente el contencioso administrativo a las reglas del juicio ordinario civil. Por ejemplo en la República Argentina, en el orden nacional, la ley núm. 3962 (año 1900), sobre acciones civiles contra la nación.

los puntos de contacto que parecen existir entre ambas definiciones, existe esta diferencia fundamental: mientras nuestro Marienhoff toma la expresión administración pública en sentido material objetivo, Zanobini opera con la significación orgánica subjetiva.²⁸

Es por ello que nos parece más adecuada una definición que, como la de Villegas Basavilbaso, prescinde de esta tautología, entendiendo por derecho administrativo el “complejo de normas y de principios de derecho público interno que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí, para la satisfacción concreta, directa e inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden jurídico estatal”.²⁹

Lo contencioso administrativo se caracteriza por constituir una contienda en la que entra en juego el derecho administrativo, a raíz de un conflicto en el que alguien persigue la tutela de un derecho subjetivo administrativo, o de un interés legítimo de esa índole.³⁰

Con ello no se quiere significar:

a) Que siempre que el juez aplique una norma de derecho administrativo, medie un contencioso de esta clase. La unidad del derecho conduce a que el juez aplique siempre el derecho en su

²⁸ Marienhoff, *op. cit.*, t. I, p. 149; Zanobini, *Corso di Diritto Administrativo*, Milán, 1947, t. I, p. 22.

²⁹ Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1949, p. 77.

³⁰ Por su extraordinaria claridad y precisión deben destacarse dos artículos del derogado Código de Procedimientos Civiles de la Provincia de Tucumán (1882): artículo 650: “son juicios contencioso administrativos aquellos en los cuales hay oposición legítima entre el interés público y el derecho privado, cuando la reclamación particular se impone con ocasión de un acto administrativo fundado en un derecho perfecto”. Artículo 651: “son juicios del mismo género aquellos que con igual ocasión se suscitan entre dos particulares, o entre establecimientos públicos, cuando el interés de uno y otros se roza de tal manera con el interés general, que no es posible separarlos”. Se aclara que el Código de Procedimientos Civiles actualmente vigente en la provincia de Tucumán no tiene ninguna disposición sobre lo contencioso administrativo, debiendo estarse a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Constitución de la Provincia, que ha continuación se transcriben: artículo 18. “La Provincia, como persona civil, puede ser demandada ante la Corte Suprema de Justicia Provincial, sobre propiedad y por obligaciones contraídas, sin necesidad de requisito previo y sin que el juicio deba gozar de privilegio alguno. Sin embargo, si fuese demandada al pago de alguna deuda, no podrá ser ejecutada en la forma ordinaria ni embargadas sus rentas, debiendo en ese caso la Legislatura arbitrar, dentro del término de ocho meses, los recursos necesarios para verificar el pago, bajo pena de ejecución de la sentencia en la cuarta parte de las rentas de la Provincia”. Artículo 19: “toda reclamación de carácter contencioso administrativo, debe ser despachada en el término de tres meses, a contar desde el día de su presentación. Vencido ese plazo se tendrá por denegada y el interesado puede concurrir directamente a la justicia”.

integralidad, por lo que bien puede acontecer que en una contienda privada entre la administración pública y un particular, sea necesario recurrir también a una norma administrativa.

b) Recíprocamente, también en lo contencioso administrativo puede acontecer, y de hecho acontece, que el juez aplique derecho privado, para resolver algunos aspectos sometidos a dicho tipo de preceptos.

Y nos parece que en esto no hay nada de misterioso: la administración pública, no por el hecho de actuar en el terreno del derecho privado, deja de ser administración y sujeta a ciertas reglas que dominan siempre su actividad (por ejemplo las relativas a la competencia de los funcionarios); y el particular, no por el hecho de haber entrado en relaciones con la administración pública se ha convertido en público.

La teoría del interés que hemos adoptado para distinguir entre el derecho público y el privado refleja en este terreno su utilidad. Es la actividad del Estado contraria a un interés la que se vuelve susceptible de impugnación ante los órganos encargados de la composición de los conflictos.

Pero aquí conviene distinguir entre los diversos tipos de interés en una graduación que partiendo del interés simple, atraviesa por el interés legítimo, para llegar al tipo máximo de protección de los intereses constituido por el derecho subjetivo.

En nuestro sistema, el interés simple, el genérico, el que tienen todos los habitantes en la rectitud administrativa, no autoriza el control por los jueces. En cuanto al interés legítimo, que implica una posición diferenciada en la que se encuentran unos respecto a la generalidad faculta al contencioso de anulación. El derecho subjetivo, en fin, constituye la base del contencioso de plena jurisdicción.³¹

C. *Procedimiento contencioso administrativo*

1) El tema no presenta la disparidad doctrinaria del anterior. La actividad administrativa con base en la juridicidad de su organización y a la legalidad de su actividad, admite un doble control, el “interno” de la propia administración, y el “externo” realizado por

³¹ Argañarás, M., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1955.

el órgano jurisdiccional. El control en la administración integra la organización administrativa.³²

El contralor jurisdiccional es el que nos interesa. Se realiza por medio de los recursos o acciones de “plena jurisdicción” y de “ilegalidad”. Al primero se lo denomina “subjetivo” porque presupone la violación de un derecho “subjetivo”, y al segundo “objetivo”. En éste no es necesario la existencia de un derecho, sino de un interés jurídico legítimo. El control se dirige a revisar la legalidad de la actividad de la administración y en su exacta concepción doctrinaria proyecta sus efectos *erga omnes*.³³ No es exclusivo ni privativo y presupuestado sobre un interés jurídico objetivo, sus efectos pueden ser comunes y concurrir en beneficio de varios sujetos. De más está decir que por esta vía se examina únicamente la ilegalidad resultante de: a) incompetencia; b) vicio de la forma; c) violación de la ley, y d) desviación del fin del acto. El contralor del mérito u oportunidad de los actos administrativos debe quedar reservado a la propia administración.

Sin lugar a dudas, la distinción precedente es difícil y riesgosa. La prudencia y ponderación de los jueces, evitará que por vía de un exceso en el control, se reedite el viejo y superado problema de la separación de los poderes. La Corte Suprema en la República Argentina inexorablemente ha sabido mantener una línea demarcatoria, lo que ha posibilitado la coexistencia respetuosa de los dos posibles poderes en pugna. Entendemos que no excede el Poder Judicial la esfera de su competencia, cuando para pronunciarse sobre

³² Marienhoof, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 747.

³³ En nuestro país por disposición del artículo 100 de la Constitución nacional, al Poder Judicial le corresponde el conocimiento y decisión de todas las causas, o de los asuntos en que la nación sea parte. La sentencia de anulación no puede tener en consecuencia efectos *erga omnes*; se resuelve y actúa para el caso concreto y a consecuencia de una lesión de un interés jurídico legítimo. Precizando el alcance del dispositivo constitucional, la ley número 27 sobre “organización de la Justicia Nacional”, en su artículo dos, dispone: “Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”. En igual sentido los artículos 1, 3 y 4 y artículo 1 de la ley número 48. En la República Argentina se descarta el control de oficio y los efectos *erga omnes* de lo contencioso de la anulación o ilegalidad. Estimamos que en algo se puede obviar el inconveniente constitucional, recurriendo a la distinción de Liebman sobre eficacia (contra todos) y autoridad (contra las partes) de la cosa juzgada. En las primeras Jornadas de Derecho Procesal del Litoral Argentino, realizadas en Rosario (septiembre de 1969), se resolvió sobre el pensamiento del autor citado, que “la cosa juzgada tiene eficacia como tal respecto a todos, menos de aquellos a quienes pertenece un derecho incompatible con el declarado en la sentencia”.

la ilegalidad, examina aparte del hecho o acto calificado de ilegal, los elementos necesarios para el pronunciamiento. La Corte Suprema (fallos: 247-646) resolvió que no existen sobre el particular reglas generales u onmicomprensivas: el contralor ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica, lo que obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan a la concreta materia litigiosa.

El control de ilegalidad en nuestro país es un imperativo constitucional, de cuyo ejercicio correcto resulta la realización plena del principio de separación de poderes. Dispone el artículo 28 que los principios, garantías y derechos, no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. El artículo 29 dispone que “el Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o de persona alguna”. Si a estas normas agregamos las ya transcritas correspondientes a los artículos 95, 100 y 31 del mismo ordenamiento, llegamos no sólo a la conclusión de la facultad judicial de control, sino al deber que tienen los jueces de hacerlo. La Corte Suprema en un ejemplar fallo ha dicho que, “dentro de nuestra organización institucional, no existen dudas sobre la facultad del control jurisdiccional de los actos administrativos. Nadie puede sustraer al Poder Judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene de hacer respetar la Constitución nacional” (fallos: 267-215). Completando su pensamiento ha expresado que dicho control tiene como límites: a) la petición de parte y la autoridad de la resolución para el caso juzgado; b) la prohibición del Poder Judicial de indagar la eficacia de los medios elegidos por los otros poderes en ejercicio de las facultades que les son propias y privativas. A la justicia le está vedado abrir juicio sobre el acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los órganos legislativos o ejecutivos. De no ser ello así, el Poder Judicial ejercerá una inaceptable tutela sobre los otros dos poderes creados por la Constitución nacional (fallos: 240-233).³⁴

En la República Argentina se usa, tanto en el orden nacional como en lo provincial, la “acción o recurso de amparo” para atacar de arbitrario o ilegal un hecho o acto administrativo. A título

³⁴ En el mismo sentido la doctrina. Bielsa Rafael, *Cuestiones de jurisdicción*, p. 83; Bosch, *op. cit.*, pp. 150-151; Gordillo, Agustín, *El acto administrativo*, 2a. ed., 1969. Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, pp. 747-749.

ilustrativo, el recurso de amparo es regulado por la ley nacional número 16.986. Cuando el hecho o acto ilegal arbitrario proviene de un particular, rige el Código Procesal Nacional, que lo legisla a través de las normas del proceso sumarísimo.³⁵

En el orden provincial, ocho son las provincias que tienen códigos contenciosos administrativos: Buenos Aires, San Luis, Salta, Santa Fe, Córdoba, La Rioja, Jujuy y Santiago del Estero. Los tres primeros denominados “antiguos” no legislan el recurso de anulación por ilegalidad; los restantes sí, excluyendo del control los actos de gobierno y los discrecionales.

Los actos de gobierno son actos políticos y los actos discrecionales tienden a la eficacia. Algunos diferencian la discrecionalidad pura de la discrecionalidad técnica. Opinamos que estos actos, cualquiera sea su calificativo, no deben escapar al control judicial, en cuanto ellos violen derechos subjetivos o lesionen intereses jurídicos legítimos. Es evidente que el control no puede exceder del caso, ni analizar la eficacia, el acierto o la conveniencia del acto. Fiorini, partidario de igual tesitura, distingue con respecto a los actos denominados discrecionales, el acto en sí, de la voluntad discrecional, sosteniendo que ésta es irrevisible, no así el acto que la condensa. Si bien es cierto que no se debe analizar la conveniencia, oportunidad, no lo es menos que, materializada la voluntad en el acto, si éste viola un derecho o un interés legítimo, debe ser juzgado. La reclamación será no admisible en cuanto la violación exista y para ello es necesario indagación.³⁶

Excluimos del control jurisdiccional los actos “institucionales” con directa raigambre constitucionalista. La noción de acto “institucional” constituye una novedosa y acertada concepción de Marienhoff,³⁷ que ha clarificado el problema de la controlabilidad o

³⁵ El artículo 1º de la ley número 16.986 dispone: “La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública, que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías, explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución nacional, con excepción de la libertad individual, tutelada por el *habeas corpus*”. El artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación prescribe: “será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498 (proceso sumarísimo que es de pleno conocimiento). 1º Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida en la Constitución nacional...”

³⁶ Fiorini, *op. cit.*

³⁷ Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pp. 754-755.

incontrolabilidad jurisdiccional de una serie de actos que la doctrina anterior incluía confusamente en una única categoría: la de los actos de gobierno o políticos. La distinción apunta a esto: los actos de gobierno son impugnables, no así los institucionales. De ahí que los primeros puedan dar lugar a lo contencioso, no así los segundos.

2) Para habilitar la instancia jurisdiccional tendente al control de lo contencioso administrativo, debe existir una reclamación previa en el fuero.³⁸ La reclamación tiende a recabar de la administración una decisión, que para habilitar la instancia jurisdiccional debe ser: a) definitiva; b) denegatoria, y c) irrevisable.

La decisión denegatoria puede ser expresa o tácita. En ambos casos es una declaración de voluntad de la administración. Algunos identifican el silencio como una manifestación tácita y otros expresan que el silencio es una expresión autónoma. No creemos esto último y entendemos que el silencio es una de las formas de la manifestación o declaración tácita.³⁹

³⁸ Se ha discutido y se discute cuál es la naturaleza jurídico procesal de la reclamación administrativa previa. Nuestra Corte Suprema opina que es un “requisito habilitante de la instancia”, y que su exigencia, siendo un privilegio de la administración, no es de orden público. Otros opinan que es una excepción de “defecto legal” en el modo de proponer la demanda, y algunos que es un “presupuesto procesal” que debe cumplirse previamente a la Constitución de la relación jurídica de igual carácter. Buscando al fundamento de lo reclamación administrativa se opina que: a) responde a un propósito conciliatorio; b) que es un privilegio de la administración; c) que su imposición obedece a razones técnicas jurídicas tendentes a obtener la decisión administrativa definitiva denegatoria e irreversible que abre la instancia del control jurisdiccional. Para evitar confusiones es necesario decir que la reclamación administrativa, tal cual está reglamentada por la ley número 3952, no representa ninguna instancia jurisdiccional administrativa.

³⁹ López de Zavala, Fernando J., *Teoría general del contrato* (en prensa), expresa que “para determinar lo que es el silencio, conviene partir de una fórmula de tipo algebraico propuesta por Perotzzi. Toda declaración de voluntad consiste en un comportamiento que se interpreta conforme a las circunstancias. Si designamos con X al significado de la declaración, con A al comportamiento, y con B a las circunstancias, podemos afirmar que $X = A + B$. Cuando mayor sea la entidad de B, menor será en la práctica la de A. Vallejo, Eduardo Lucio, *El silencio en el proceso*, boletín núm. 2 del libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Procesal, septiembre de 1970. El artículo 919 del Código Civil Argentino, con respecto al silencio, dispone: “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación sino en los casos en que haya una obligación legal de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”. Ley número 3952, artículo 2º: Si la resolución de la administración demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho

La decisión denegatoria entraña la determinación de la materia objeto de la revisión. La pretensión contenida en la demanda no puede exceder los límites de la reclamación.

Razones de seguridad y de una administración en constante y dinámica actividad indican la necesidad de establecer un plazo de caducidad para reducir la acción o el recurso contencioso administrativo en sede jurisprudencial judicial, una vez producida la resolución denegatoria.

3) Poca diferencia existe en la doctrina en favor de una instancia única que debe ser ejercitada por un tribunal colegiado especializado.⁴⁰ Algunos discuten si el procedimiento debe ser oral, escrito o mixto. Nos inclinamos por un procedimiento mixto con las siguientes características: demanda y contestación escrita; periodo de prueba oral con dos audiencias (una de depuración de los hechos a probar y otra de producción); alegación y decisión escrita.

La administración declara su voluntad por escrito. En igual forma se reclama ante ella. La coincidencia de la decisión que “causa estado”, debe ser claramente determinada en la demanda. La réplica es preciso que sea escrita para apreciar la identidad de las pretensiones hechas valer en la administración y ante el órgano jurisdiccional.

La oralidad de la producción de la prueba sobre hechos contradictorios determinados en audiencia previa, hace a una definida

y si transcurrieren otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales, acreditándose el transcurso del tiempo”.

⁴⁰ En la República Argentina, en el orden federal, y con carácter general, la nación es demandada ante los jueces federales que actúan como tribunal de primera instancia. Sus decisiones son materia de apelación ante la sala de lo contencioso administrativo en la capital federal, y en provincias ante la cámara federal, quienes actúan como tribunal de segunda instancia. En razón del monto, puede existir una tercera instancia ejercida por la Corte Suprema de Justicia. Ello es una rémora. Aparte de ser un trámite escrito, la lentitud de la decisión, o de la demora de la resolución administrativa importa denegación de justicia. Se debe tener presente que, ya en sede administrativa la pretensión del recurrente ha sufrido la espera de un trámite engorroso, cuando no un silencio que por ley llega a los nueve meses (artículo 2º, ley 3952). En lo contencioso administrativo provincial, tanto en aquellos estados con códigos en la materia, como en los que se rigen por normas de carácter constitucional, se prevé como órgano jurisdiccional competente, a los superiores tribunales de justicia, quienes actúan en instancia única. Deseable es la especialización de sala o salas dentro de la composición del órgano. Casi todos los códigos por otra parte disponen la improrrogabilidad de la competencia, y ello casi resulta innecesario legislarlo frente a los textos constitucionales que lo establecen.

ubicación sobre la conveniencia de la oralidad de los juicios como medio de hacer justicia rápida. Los principios de inmediación, concentración y publicidad tienen aplicación en el proceso real. La administración a cargo del bienestar general, tiene sumo interés en no estar en juicio, y cuando está lo tiene en su resolución rápida. La actividad administrativa no puede quedar perturbada, o trabada en pleitos “eternos”.⁴¹ Una administración permanentemente discutida es una administración no estructurada jurídicamente y poco respetuosa de la legalidad.

IV. RECOMENDACIONES

1. Se debe crear en cada estado y/o provincia el fuero especializado de lo contencioso administrativo.

2. Se debe resolver que todo trámite contencioso administrativo, sea conocido y resuelto por un tribunal colegiado, que entienda y resulte en una sola instancia.

3. El trámite tiene que ser rápido (ejemplo, juicio sumario) y se debe legislar la concesión de un solo recurso: el de inconstitucionalidad.

4. En la ley o en los códigos contenciosos administrativos se debe especificar puntualmente los requisitos que bajo pena de nulidad debe tener el acto administrativo. A título de ejemplo, véase el artículo 1º de la ley argentina sobre lo contencioso administrativo.

5. El incumplimiento de los requisitos determina, de acuerdo con la ley argentina, que el acto sea nulo de nulidad, imprescriptible e invalorable. Ello sin perjuicio de nulidades relativas que pueden ser convalidables.

6. En una ley de lo contencioso administrativo se debe tratar de regular las materias por un lado, y el procedimiento administrativo por el otro. En Argentina, por disposición constitucional (artículo 67, inciso 11) la materia es una y única en toda la República. Los procedimientos quedan a cargo de cada estado y/o provincia.

⁴¹ Los caracteres de lo contencioso administrativo en la República Argentina son los siguientes: a) control exclusivo por parte del Poder Judicial; b) reclamación administrativa previa; c) recursos de plena jurisdicción y de anulación; d) competencia en el orden nacional de la justicia federal (jueces y cámaras federales, jueces y salas contencioso administrativas en la capital federal); e) competencia en el orden provincial de los supremos tribunales de provincia; f) clara disposición constitucional al respecto.

7. Se debe regular en el procedimiento administrativo la existencia del amparo por mora y las demoras determinarán la procedencia del amparo y la imposición de costas.

8. Se debe reducir al máximo los casos de reclamación administrativa previa, para lograr una demanda directa, que contribuye y a la libertad y seguridad jurídicas propias de un Estado de derecho.

9. Se recomienda que para las defensas de los intereses difusos y protección del medio ambiente, deben entender en esta materia, el tribunal en lo contencioso administrativo, a petición de una acción popular y/o requerimiento, donde existe la figura del *ombudsman*.

10. Sería buen criterio incluir entre los actos administrativos a controlar, los actos políticos y discrecionales, no así los institucionales. Éste es el criterio seguido por el Código Contencioso Administrativo de la Pampa, obra del reconocido especialista Marienhoff. Se debe establecer en el Código Contencioso Administrativo para el Estado de Morelos la moderna teoría del control anticipado de un acto administrativo a dictarse. Se utilizaría un procedimiento rápido, seguro y eficaz de publicidad y control.

11. Sobre el tema me permito recomendar que se agregue a un derecho procesal administrativo todo lo atinente al control de lo que se denomina doctrinariamente acto prenatal. Él ha sido legislado en la ley alemana del 1 de enero de 1977 y aceptado por diversas legislaciones, entre otras la ley sobre la materia del Código de Costa Rica. El tema está vinculado al control previo, por supuesto brevísimo, al nacimiento de un acto administrativo. Antes de que nazca el acto administrativo, la administración realiza un control sumarisimo de trámite previo para evitar *a posteriori* las consecuencias de un control jurisdiccional y las consecuencias de una nulidad posterior de evidente perjuicio para la administración.

12. Se recomienda como conveniente la determinación de lo que debe entenderse como acto regular y/o irregular. El tema tiene estricta relación con la lesión del segundo y su declaración oficiosa de irregularidad, lo que está vinculado con la cosa juzgada administrativa. Lo primero, o sea el acto regular, es un tema que se desarrolló en este tratado y que en nuestra manera de ser tiene estricta relación con la nulidad.

Sobre el tema nos permitimos recomendar a los señores congresistas la lectura de *La anulación de oficio del acto administrativo*, de Julio Rodolfo Comadira.