

## Tercera Parte

### I. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

30. Cuestiones administrativas . . . . .	177
31. El desacuerdo administrativo . . . . .	182
32. El contenido contencioso . . . . .	190
33. Limitación del contenido . . . . .	198
a) La legalidad . . . . .	201
b) Contratos civiles . . . . .	202
c) Actos judiciales . . . . .	204
d) Actos de gobierno . . . . .	205
e) Potestad discrecional . . . . .	206
f) El acto discrecional . . . . .	208
g) El desvío de poder . . . . .	216
h) Las vías de hecho . . . . .	220

## TERCERA PARTE

## CAPÍTULO I

### EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### 30. *Cuestiones administrativas*

En la idea de Carnelutti,<sup>584</sup> los conceptos de razón, pretensión y contestación llevan a la noción de cuestión. La afirmación comprendida en la razón (de la pretensión) que puede engendrar dudas y por ende, debe ser verificada, se convierte en cuestión. De ahí que le defina como todo punto dudoso, de hecho o derecho.

Las cuestiones resueltas se convierten en razones de la decisión, por lo que los conceptos de razón y cuestión tienen estrecha correlación. Las razones de la pretensión o de la discusión se transforman en cuestiones del proceso y éstas se traducen en razones de la decisión.

Ya antes, en sus *Lezioni di Diritto processuale civile*,<sup>585</sup> Carnelutti había explicado que las cuestiones son una especie de vínculo entre el proceso y la litis, una especie de atadura o de soldadura entre la litis y el proceso. La cuestión es (afirmaba), todo punto dudoso de hecho o de derecho, toda falta de certeza en torno a la realidad de un hecho o en torno a su eficacia jurídica.<sup>586</sup>

Según el autor, la cuestión no se confunde con la litis ni constituye un elemento de ella. Es una causa o condición de la litis, ya que ésta existe porque existe una cuestión en torno a los supuestos de hecho o de derecho de la tutela pretendida por cada uno de los contendientes. La litis entra en el proceso, en cuanto éste resuelve las cuestiones de ella. Cabe, así, que todas las posibles cuestiones de una litis se lleven al proceso y entonces se tendrá un proceso que contendrá toda una litis (proceso integral); pero también que solamente algunas, entre las varias posibles cuestiones se lleven al proceso y, entonces, se tenga un proceso con sólo una parte de litis (proceso parcial); y, asimismo, es factible que a un proceso se lleven varias litis diversas que presenten cuestiones comunes (proceso acumulativo).

<sup>584</sup> *Sistema, op. cit.*, t. II, p. 15.

<sup>585</sup> Padua, 1920-31, vol. IV, p. 11.

<sup>586</sup> *Id.*, p. 30.

Para establecer en concreto cuáles son las cuestiones de una litis que entran en el proceso, es menester observar la demanda. La litis entra en el proceso en aquella proporción que indica la demanda. La demanda señala los confines del proceso respecto a la litis. El proceso comprende todas las cuestiones cuya resolución constituye un presupuesto de lo que se ha de estatuir sobre la demanda.

El pensamiento de Carnelutti ofreció una nueva concepción sobre su misma tesis de litigio, al grado de que Calamandrei,<sup>587</sup> llegó a señalar que aquello frente a lo cual se encuentra el juez, no es la litis sino la demanda. Los términos del problema que el juez debe resolver se encuentran todos y solamente en la demanda, sin necesidad de ir más allá; pues lo que está más allá de las peticiones de las partes es la porción de la litis silenciada, las cuestiones no planteadas y por ello intrascendentes.

Sería inútil negar las aportaciones de Carnelutti a la ciencia procesal. Sin embargo, este concepto de cuestión necesita, primero de una cuantificación más exacta y, en seguida, de una invariación más conservadora.

Calamandrei<sup>588</sup> encuentra incomprensible hablar de proceso integral y proceso parcial sin salir del campo del proceso, y tiene toda la razón aunque no se conduzca con buena intención. En efecto, Carnelutti ha abogado por la separación entre proceso y litis, en consecuencia, si las cuestiones pertenecen a la litis, el proceso queda intocado.

Ésa es la parte razonable de la crítica, pero a fin de no quedar en simple alegato, debe reconocerse que en Carnelutti ha fallado apenas la invariación, pues se entiende (con buena voluntad) que llama proceso parcial, no al truncado ni al disminuido en ninguno de sus elementos, sino por sinécdoque, habla del contenido refiriéndose al continente. Lo parcial es, obviamente, la cuestión del proceso, o sea, la relación de ella con la litis.

Más grave es el error en la cuantificación, porque Carnelutti está significando con la palabra cuestión a los puntos dudosos y, si bien ésta ha sido la base para elaborar la teoría de la sentencia declarativa, no es ni la que toma en cuenta el legislador,<sup>589</sup> ni la que sirve para la gran mayoría de las demandas.

Carnelutti había afirmado que el litigio es un conflicto calificado por la exigencia de una parte y la resistencia de la otra. El litigio viene a ser

<sup>587</sup> "El concepto de *litis* en el pensamiento de F. Carnelutti", en *Estudios*, *op. cit.*, p. 291.

<sup>588</sup> *Op. cit.*, p. 291.

<sup>589</sup> La petición de consulta es inconfundible con la pretensión de sentencia sobre un conflicto.

una situación de intransigencia y, o ésta es la que se explica en la demanda pretendiendo su resolución en cierto sentido, o no es el litigio el contenido procesal sino las cuestiones. Si se opta por lo segundo, resultará que la jurisdicción voluntaria es también un proceso, porque muchos de sus procedimientos sirven para dar certeza a lo dudoso.<sup>590</sup>

Tal vez Carnelutti se colocaba en la posición del juez, para quien, las afirmaciones del actor y del demandado han de parecer dudosas mientras no se demuestren. La explicación sería plausible, necesaria y hasta obvia, porque el principio de imparcialidad exige que el juzgador no prejuzgue.

Pero acontece que el juez no va a juzgar de sus dudas sino del litigio, tal como lo presentan las partes. Por tanto, para éstas sus razones no son cuestiones (sino cuestionadas por la contraria), no son dudosas (sino discutibles y discutidas por la contraria). Si por la contradicción del demandado, las razones de la pretensión del actor se convierten en dudosas para el juez; lo pertinente es establecer el curso modificativo de la relación sustantiva: a partir de ella, la resistencia de una parte origina el litigio como quería Carnelutti; pero inmediatamente después, surge la pretensión que, afirmando el derecho expone razones y mencionando la resistencia precisa el litigio; se pasa luego al proceso y, ya en su seno, la contradicción hace cuestionables las afirmaciones y también causa su prueba.

Esta cuantificación permite una corrección más en la tesis de Carnelutti. Según él, las razones llevan a las cuestiones y éstas a nuevas razones. Su pensamiento es que las cuestiones son causa o condición de la litis y desde este punto comete un error o una contradicción, pues si la litis es la intransigencia, ésta se establece haya o no puntos dudosos acerca de la relación sustantiva.

De otra parte, no se ve cómo, de una duda pueda surgir una razón y de ésta otra duda que, a su turno, originará nueva razón. O sea, para Carnelutti, la duda causa la litis, ésta produce la duda o cuestión y la última lleva a la razón de la sentencia.

Lo exacto está cerca de esa explicación, pero no en ella. Es la relación sustantiva la que causa la litis, y es la intransigencia (litis) la que exige una afirmación del actor, la cual comprende exposición de razones y pretensión de sentencia. La contradicción puede hacer dudosa o discutible la pretensión,<sup>591</sup> con todo, no es sobre las cuestiones que se

<sup>590</sup> Apeo, informaciones *ad perpetuam*, etcétera.

<sup>591</sup> Por la inexactitud de las razones aducidas o la inadecuación de la sentencia perseguida.

asientan las razones del juez, sino sobre las pruebas <sup>592</sup> eficientes de las razones de una de las partes.

De todas maneras, queda como algo positivo, la enseñanza de Carne-lutti en el sentido de que no todas las cuestiones del litigio son las del debate procesal. O dicho correctamente, no todo el litigio sino la parte que de él se exponga al juez, es el objeto de la sentencia. Naturalmente que puede inquirirse por qué ha de depender de la voluntad de las partes el conocimiento del litigio, y es conveniente hacerlo porque este fenómeno que se ha querido explicar con el principio de presentación de las partes, <sup>593</sup> no sólo es perjudicial a los intereses en contienda, sino al orden jurídico mismo, pues las razones de la sentencia serán en su momento el caso juzgado y, si se quiere llegar a la verdadera administración de justicia, lo conducente es facultar al juzgador para ampliar el debate, por lo menos, hasta el límite que circunda el litigio real. No se conculca la máxima de que el juez debe decidir según lo pedido y probado, porque no se trata de que el juez pesquise, averigüe o inquiera sin ser instando, sino de que desvele lo que las partes le pueden mostrar velado. No es principio de oficiosidad, sino potestad de integración del debate.

Este problema se agudiza en el contencioso administrativo, porque las leyes positivas suelen exigir que el juzgador se atenga a la situación, tal como aparezca probada ante la autoridad administrativa. Ello impide innovar pero también esclarecer, pues la innovación significa establecer el conflicto sobre otras bases y esclarecer alude a la posibilidad de despejar dudas, errores y confusiones que pudieron provocar en la autoridad demandada la resolución impugnada. Es sabido que la doctrina acude al principio de legalidad para defender esta solución, pero ello sólo sería aplicable a un extremo: el de la demanda de nulidad y no a todo el contencioso administrativo.

a) El tema de las cuestiones tiene en el contencioso administrativo perfiles singulares, el primero de los cuales consiste la existencia de cuatro tipos de pretensión impugnativa: los llamados recursos de anulación, de plena jurisdicción, de interpretación y de represión. <sup>594</sup>

<sup>592</sup> O alegatos si el problema es nada más de derecho.

<sup>593</sup> Frente al de investigación oficial.

<sup>594</sup> Alfonso Nava Negrete, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959, p. 220; Eduardo Morgan Jr., *Los recursos contencioso administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño*, Panamá, 1961, p. 43, donde explica que en Panamá sólo se contemplan el de plena jurisdicción, el de nulidad y el de interpretación; Allan-Randolph Brewer Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 386.

En el contencioso de anulación el papel del tribunal se limita a anular o a negarse a anular, por tanto la ley le otorga únicamente la posibilidad de privar de efectos al acto de la Administración, si está viciado de ilegalidad, sin reemplazarlo con otra resolución.<sup>595</sup>

El de plena jurisdicción, que Bielsa define por exclusión: lo es todo aquel que no se limita a la anulación del acto,<sup>596</sup> se caracteriza por proteger una situación individual mediante el ejercicio de una acción pretendiendo la reparación del daño ocasionado a un particular en virtud de un acto ilegal de la Administración.<sup>597</sup>

El tercer tipo, el de interpretación, responde más a la idea que Carnelutti ofrece de cuestión, pues constituye el conjunto de reglas mediante las cuales se puede solicitar y obtener de la autoridad competente la interpretación de los actos administrativos.<sup>598</sup>

Si la interpretación está cercana a la consulta, puesto que se exige del juez realizar una labor de investigación de la regla de derecho, señalando el sentido de un acto o de un contrato administrativo que adolecen de oscuridad; en el contencioso de represión se observa una competencia excepcional y principalmente para casos de vialidad.<sup>599</sup> Las potestades se infieren de los reglamentos de la creación del órgano.<sup>600</sup>

Estas distintas competencias para resolver (no para sustanciar) presuponen la existencia de cuestiones especiales: en un caso el reconocimiento o reparación de un derecho individual vulnerado, en el otro la infracción del derecho objetivo, para limitar el problema a los contenciosos de plena jurisdicción y de anulación.<sup>601</sup> Mientras el de anulación se ha restringido al exceso de poder, el de plena jurisdicción se ha dividido en contractual, de responsabilidad extracontractual, restablecimientos, etcétera.

<sup>595</sup> León Méndez Berman, *El Tribunal Fiscal. Principios básicos de su jurisprudencia*, México, 1957, p. 87.

<sup>596</sup> *Sobre lo contencioso administrativo*, Bs. As., 1954, p. 92.

<sup>597</sup> Antonio Martínez Báez Jr., *División de poderes y tribunales administrativos*, México, 1956, p. 44.

<sup>598</sup> Pedro Guillermo Altamira, *Principios de lo contencioso administrativo*, Bs. As., 1962, p. 79.

<sup>599</sup> En Francia los órganos competentes son el Consejo de Guerra, los Consejos de las Universidades, el Consejo Superior de Instrucción Pública.

<sup>600</sup> *Id.*, p. 30.

<sup>601</sup> Manuel J. Argañarás, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Bs. As., 1955, p. 19.

### 31. *El desacuerdo administrativo*

Lo que para Carnelutti representó el litigio en lo civil o la controversia en lo penal, se significa ahora con el término desacuerdo en lo administrativo.

La noción de desacuerdo viene elegida como la fórmula más adecuada para responder a los diversos problemas que surgen alrededor de la naturaleza del conflicto que se forma entre la Administración y los administrados.

Litigio, para Carnelutti, es conflicto de intereses; controversia, en cambio, es conflicto de opiniones. De optarse por el primer vocablo, se tendría que admitir que en el ámbito administrativo se enfrentan dos derechos: el del particular y el del órgano. Si se prefiere el segundo, habrá que sostener que en este conflicto no versan cuestiones sobre derechos.

Desde luego, el conflicto incluye intereses y derechos, de manera que la discusión no se limita a un contraste de opiniones. Sobre todo, en ese conflicto que la doctrina considera el verdadero objeto del proceso administrativo, el contencioso de plena jurisdicción,<sup>602</sup> la materia es calificada de derechos subjetivos.

Sin embargo, de la circunstancia de que en el contencioso administrativo el conflicto implique derechos o intereses, no se sigue que se forme un litigio, porque no son derechos en pugna, ni intereses recíprocos.

Todos estos extremos hacen necesaria una recapitulación de la misma terminología. Se habla del contencioso de anulación frente al de plena jurisdicción, y también se les denomina contencioso subjetivo y contencioso objetivo.

Los conceptos se basan en los resultados de la jurisprudencia francesa estudiando el llamado exceso de poder. Explica Duguit<sup>603</sup> que en la transformación del contencioso administrativo, se comenzó por estimar que el Estado era titular del derecho subjetivo de poder, que se manifestaba en la ley y en la actividad administrativa. El individuo era titular en cuanto portaba cierto número de derechos subjetivos sintetizados en los dos de libertad y propiedad. De esta manera, en todo proceso administrativo se planteaba una cuestión de derecho subjetivo, y la sentencia habría de ser de condena. Por ello Ducroq afirmaba que

<sup>602</sup> Eduardo Morgan Jr., *op. cit.*, pp. 118, 127 y *passim*.

<sup>603</sup> *Las transformaciones del derecho público*, pp. 280 y ss.

el litigio se suscitaba por un verdadero acto administrativo violatorio de un derecho y no de un interés.

Pero el Consejo de Estado, advirtió Duguit,<sup>604</sup> había venido dictando dos clases de decisiones que eran diferentes desde su simple aspecto exterior. En unas se limitaba a dictar la anulación de un acto administrativo o a rechazar la demanda. En las otras decidía a veces la anulación, pero no se limitaba a ello, sino que dictaba una condena contra el particular o la administración. Según terminología empleada por el Consejo, se distinguió el recurso ordinario que terminaba con una condena, del recurso por exceso de poder simplemente anulatorio del acto.

El mismo legislador consagró la terminología, y en el artículo 9 de la Ley de 24 de mayo de 1872, se dispuso que el Consejo estatuyera soberanamente en los recursos en materia contenciosa administrativa (recursos ordinarios) y en las demandas de anulación por exceso de poder.

La doctrina tuvo que intentar la distinción entre ambos recursos, pero a ello se oponía la concepción subjetivista por suponer una contienda de derechos deducidos en justicia. El libro de Laferrière<sup>605</sup> señaló el momento de la evolución. Laferrière distinguió lo contencioso de anulación de lo contencioso de plena jurisdicción. En el primero, el tribunal se limita a anular o a negarse a anular. En el segundo puede estatuir sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho. El ejemplo típico del contencioso de anulación era el de exceso de poder, motivado por cuatro causas: violación de una ley de competencia, violación de una ley de forma, violación de una ley de fondo y desvío de poder. Sólo el titular del derecho lesionado podía intentar el recurso por violación de una ley de fondo, y se sostuvo que el recurso por exceso de poder era siempre subsidiario.

La teoría de Laferrière significó una revolución, pero dejó inexplicada la razón de la diferencia entre estos recursos. No se esclareció por qué el de exceso de poder era subsidiario, ni por qué en ciertos casos correspondía a toda persona que tuviera un interés. Entre tanto, la jurisprudencia se ensanchaba y el recurso por exceso de poder dejaba de ser subsidiario y se otorgaba a toda persona que tuviera un interés, simplemente moral o indirecto, en hacer cesar los efectos del acto.

De ahí partió Duguit<sup>606</sup> para afirmar que, en realidad, el recurso por exceso de poder nunca tuvo por fin y efecto sancionar un derecho subjetivo del administrado.<sup>607</sup>

<sup>604</sup> *Op. cit.*, p. 282.

<sup>605</sup> *Jurisdiction et contentieux*, Paris, 1896.

<sup>606</sup> *Op. cit.*, p. 286.

<sup>607</sup> El Consejo declara admisible el recurso interpuesto contra los nombramientos

Por tales razones, Duguit procedió a descartar la noción de derecho subjetivo, haciendo intervenir la de función social y situación legal, con la que está ligada la de servicio público. El conflicto que lleva el proceso administrativo puede consistir en saber si existe una situación jurídica subjetiva y cuál sea su extensión, realizado un acto administrativo, se trata de investigar si ha dado lugar a una situación jurídica subjetiva o si ha podido modificar o extinguir una preexistente. Este pleito pertenece a lo contencioso subjetivo y el papel del juzgador es pronunciar una condena (o una absolución). La sentencia tiene un alcance individual idéntica con la situación jurídica comprobada y no puede interponerse el recurso posteriormente por la misma persona.

Por el contrario, si se busca saber si una disposición legal ha sido violada por la Administración, entonces la cuestión es sólo de derecho objetivo y el contencioso puede llamarse objetivo.

En el contencioso objetivo, el juez hace constar la violación de la ley y anularla, su decisión tiene un valor general, porque la anulación se relaciona con todos: administrados y Administración. Este recurso no puede caber contra todo acto administrativo, no puede serlo, desde luego, contra las operaciones materiales, porque ellas no se anulan, se anulan los efectos de derecho y no los hechos. Tampoco cabe contra los actos que dan lugar simplemente a una situación subjetiva; puede plantearse respecto a ellos la cuestión de si han dado lugar a una situación subjetiva o si han extinguido o modificado una anterior, pero no el saber si son conformes o contrarios a la ley; este recurso solamente puede interponerse por aquellos que pretenden ser partes en la situación.

Los actos administrativos que presentan un carácter objetivo son muy numerosos, desde los reglamentarios, a los que condicionan el nacimiento de una situación objetiva o legal, o la competencia de un agente. Ellos interesan a todo el funcionamiento del servicio y alcanzan a un conjunto indeterminado de personas. Aunque no producen por sí efectos, condicionan la aplicación de la ley que crea una situación o una competencia y, por ende, tienen indirectamente consecuencias jurídicas. El recurso es objetivo y corresponde a todos los interesados, de modo que la anulación tendrá un alcance general. La ley francesa reguló ciertos recursos objetivos, como lo contencioso electoral en que el problema consiste en la regularidad de las elecciones, lo que alcanza a to-

irregulares, por toda persona que tenga los títulos exigidos para las funciones de que se trate, y hasta los promovidos por asociaciones profesionales que pertenezcan al servicio, p. 286, nota 1.

dos, o bien la jurisdicción de conflictos en que se juzga la regularidad de la resolución.

Así pues, en el recurso por exceso de poder, todo administrado puede pedir al Consejo de Estado que decida sobre si el acto se ha realizado o no conforme a la ley; no necesita invocar un derecho, vive bajo el régimen del Estado de Derecho y puede provocar la censura de todo acto de administración que viole el derecho. Basta el interés moral como el de los individuos para ser nombrados a un cargo, o el indirecto de todo contribuyente respecto a los gastos irregulares en el municipio.

Si en cierto momento la jurisprudencia distinguió varias causas para el recurso: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder, o violación de una ley en el fondo, con reglas distintas para la admisión; posteriormente se borrarón, porque la cuestión fue de saber si existía una violación a la ley, a cualquier ley, de competencia, de forma o de fondo. El recurso por exceso de poder es admisible contra todos los órganos, excepción hecha del Parlamento, las Cámaras, los tribunales y los agentes judiciales respecto de los cuales hay una fiscalización propia del personal y ante ella debe llevarse el recurso.<sup>608</sup> El recurso procede a condición de que se impugnen actos jurídicos, lo cual motivó que durante algún tiempo, se excluyeran los actos de gobierno o actos políticos; pero la jurisprudencia se encargó de borrar el límite, defendido por la arbitrariedad y el despotismo, aunque no de manera absoluta, pues la teoría reaparece siempre, por ser tendencia natural de los hombres que ocupan el poder, el querer sustraer sus actos al conocimiento de los tribunales.<sup>609</sup>

a) De la síntesis ofrecida por la doctrina se infiere que la cuestión, o sea la afirmación dudosa o discutida en el proceso administrativo, no puede formarse por un conflicto de derechos y ni siquiera de intereses.

La referencia se hace a la noción tradicional de derechos subjetivos, porque naturalmente el conflicto es jurídico y versan en él comportamientos debidos o indebidos. Pues bien, el derecho subjetivo es el conjunto de títulos creados recíprocamente por los individuos (pactos, convenios).

Es cierto que en los procesos civiles se cuestionan muchos derechos individuales que los titulares no han creado recíprocamente;<sup>610</sup> pero ello no serviría para asimilar los contenidos de los procesos civil y admi-

<sup>608</sup> *Op. cit.*, p. 295.

<sup>609</sup> *Op. cit.*, p. 309.

<sup>610</sup> Familiares: filiación, alimentos, etcétera.

nistrativo, sino para advertir que en el primero también se presentan conflictos que no son estrictamente de derecho subjetivo.

Lo que en el contencioso administrativo se discute son actos <sup>611</sup> de la administración, que no se encuentra respecto de los administrados, en la misma relación que se forma en lo civil. Los vínculos civiles de prestación unilateral, no dejan de ser relaciones bilaterales. En cambio las relaciones administrativas son unilaterales aun en los casos del contencioso subjetivo, y por ello tuvo Duguit que acudir al concepto de situación subjetiva.

Para aclarar estas afirmaciones, conviene observar que toda relación familiar <sup>612</sup> se establece de persona a persona. <sup>613</sup>

En cambio, ninguna relación administrativa se constituye *intuitu personae*. La misma reparación administrativa por lesión extracontractual, se exige de la Administración, porque contra el administrador cabe la reparación civil y la acción penal.

Entonces, la relación administrativa sigue una fórmula refleja, lo que es acto indebido afecta al derecho objetivo, del cual proviene la facultad del administrado para impugnarlo. Dicho de otra manera, si se mira una relación como la policial, se encuentra que el órgano que exige cierta conducta al particular, que le prohíbe hacer algo o que le autoriza para ello, no está conviniendo, ni haciendo un pacto de recíproca vinculación; lo que efectúa es la aplicación de la regla objetiva, de modo que el particular que está en la situación legal, tiene la facultad que en ella se concentra. No importa una mercancía extranjera porque se haya obligado a consentirlo la autoridad, sino por llenar las condiciones que marca la ley. <sup>614</sup>

Enseña la doctrina que el contencioso puede iniciarse, no sólo por quien tenga un derecho, sino hasta por quien sólo ostente un interés. Se comienza por precisar que ese interés debe ser jurídico, para continuar discriminando según los criterios legislativos. Es por ello que Enríque Sayagués Laso <sup>615</sup> enumera los siguientes grupos: países en que se

<sup>611</sup> Generales: reglamentos, circulares, etcétera, o particulares.

<sup>612</sup> Las unilaterales: alimentos, obediencia, etcétera.

<sup>613</sup> No debe confundirse la consecuencia con el efecto, de modo que la posesión de estado de hijo no se establece frente o contra todos, sino con el padre y sus consecuencias alcanzan a los demás que en algún momento lleguen a tener interés: la sentencia de estado es tan válida *erga omnes* como la de condena al pago de pesos y ambas son tan discutibles por colusión, simulación o fraude como si no existiera la consecuencia *erga omnes*.

<sup>614</sup> Si la autoridad niega o concede ilegalmente, lo acusable es la discordancia entre el acto y la ley.

<sup>615</sup> *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1959, t. II, pp. 511 y ss.

requiere un interés personal y directo,<sup>616</sup> aquellos en que se añade al interés personal y directo el legítimo,<sup>617</sup> donde se admite el interés de grupos personificados,<sup>618</sup> del contribuyente,<sup>619</sup> y países que aluden al mero interés del ciudadano o del habitante, a que los entes públicos actúen conforme a derecho.<sup>620</sup>

El problema ahora consiste en determinar si el interés es algo diverso al derecho, sobre todo al tradicional derecho subjetivo. Para no confundirlo con el privado, se habla con Duguit de un interés subjetivo público y, en estas condiciones, frente a la opinión de la doctrina italiana se habla de derechos debilitados. Pero la razón de ello se encuentra en la circunstancia de que su ley dispone que las controversias sobre derechos subjetivos corresponde a los tribunales civiles y las otras al Consejo de Estado.

Se han visto obligados a negar el carácter de contiendas sobre derechos subjetivos, dice Carrillo Flores,<sup>621</sup> por motivos de una legislación particular. Pero la solución debe ser, dice Carrillo Flores, la de que existen derechos cuando conforme a las normas de derecho positivo se está en la posibilidad de obtener, mediante un procedimiento, cuya iniciación queda sujeta a la voluntad del particular, la eliminación del acto ilegal, lesivo para sus intereses.

La explicación es atractiva, pero deja sin solucionar el problema del interés en sí. Que el particular tiene derechos en ciertas condiciones no se duda, y por ello se habla del contencioso subjetivo; pero que sin tener el título individual, sin estar en la situación subjetiva lesionada, pueda acudir ante los tribunales acusando el acto, es lo que funda la idea del interés. El caso ya comentado por Teodosio Lares, del interés en que un centro social esté cercano al domicilio particular, muestra la diferencia entre la ventaja económica, social o psicológica y el interés jurídico.

Hay el último cuando sin lesionar la situación subjetiva, o no solamente ésta, se viola el derecho. Lo que al particular se le concede es lo que erróneamente se califica de acción popular que, según Eduardo Morgan Jr.,<sup>622</sup> existe en algunos países, para recurrir contra los actos administrativos contrarios al orden jurídico general. Este caso de sim-

<sup>616</sup> Francia.

<sup>617</sup> Italia.

<sup>618</sup> Francia.

<sup>619</sup> Francia.

<sup>620</sup> Colombia y Panamá.

<sup>621</sup> *Op. cit.*, p. 59.

<sup>622</sup> *Op. cit.*, p. 120.

ple legitimación popular que existe en Colombia y Panamá con el nombre de recurso objetivo de nulidad o anulación, omite la referencia a la situación subjetiva y sólo contempla la necesidad de conservar el orden jurídico. Por ello el interés se aparta del derecho para limitarse al caso de la legitimación: puede promover cualquier persona, porque todas están llamadas a sostener la ilegalidad de la violación a la ley.

b) Sin prejuizar sobre la naturaleza del procedimiento que pueda seguirse en el contencioso objetivo puro, es menester adelantar que no cabe confundirlo con el contencioso de mera anulación o de simple nulidad, porque en regímenes como el panameño, caben los dos recursos en una sola demanda, y cuando ello se hace, dice Morgan Jr.,<sup>623</sup> habrá que determinar el acto general cuya anulación se pide, y al mismo tiempo el acto particular (si lo hay), expresando las prestaciones pedidas por el recurrente para la reparación del derecho subjetivo.

En tal virtud, aunque sólo el contencioso de plena jurisdicción fuera objeto de un proceso, desde que cabe la acumulación de pretensiones de nulidad y reparación del derecho individual, subsiste el problema de determinar el supuesto del contencioso administrativo, contemplado en su generalidad.

Y al estudiarlo desde esta perspectiva, se advierte que tanto se puede tratar de la violación de un derecho individual, como de la discusión del acto por tener interés en ello conforme a la ley.

Controversia, en el sentido de conflicto de opiniones no es sostenible, porque versan derechos individuales. Pero litigio como conflicto de derechos o intereses, tampoco lo hay, en cuanto no se enfrentan, ni el derecho ni el interés del administrado frente al derecho o interés del administrador.

En el caso más grave, producido el daño, el particular reclama su resarcimiento. Si ello fuera constitutivo de una relación privada, o meramente civil, se tendría un litigio. Sin embargo, el resarcimiento no lo debe el órgano sino el ente. El órgano puede resistir por alegar: que no se causó daño, que el daño causado fue legítimo, que no hay obligación de reparar, que el derecho a la reparación ha prescrito o que no se han llenado las condiciones de admisibilidad, procedencia o concedibilidad de la indemnización.

Todas las razones que exponga el órgano serán afirmaciones jurídicas atinentes a la aplicabilidad o no aplicabilidad del patrimonio estatal al fin perseguido con la demanda. Y este patrimonio es tan ajeno del órga-

<sup>623</sup> *Op. cit.*, p. 163.

no como del particular, y sirve para fines que son comunes al órgano y al particular.

Es pues, problema de criterios. El órgano decide que no hay norma que ordene la aplicación, el particular sostiene que sí la hay y que el caso entra en su previsión. Lo que verdaderamente hace necesario el proceso contencioso, es la existencia de este desacuerdo sobre el sentido de la norma objetiva.

Algo muy semejante pero no idéntico, es lo que acontece con los recursos judiciales. No está desencaminada la terminología cuando llama recurso a la acción procesal administrativa, porque en este ámbito y en lo judicial, hay un claro sentido impugnativo del acto de la autoridad. También cuando la sentencia es desfavorable al vencido, no se discuten derechos ni intereses entre partes que serían el recurrente y la autoridad; lo que se exhibe es un desacuerdo en lo tocante a la aplicación del derecho. Y en el contencioso administrativo ese desacuerdo mira a la aplicación dada por la autoridad, a su conducta aplicadora de la ley.

Lo que aparta al desacuerdo de otros conflictos es la circunstancia de que no se enfrentan dos derechos o dos intereses. Es frecuente que la doctrina hable de oposiciones entre el interés general y el particular;<sup>624</sup> pero este conflicto, de existir sería político y no contencioso administrativo.

En efecto, en el caso del Estado, el interés general está en el mantenimiento de la empresa de gobierno. Si la ventaja o conveniencia de un particular<sup>625</sup> se contraponen a las conveniencias o necesidades de la empresa, entonces se presenta un problema de filosofía política: introducir una norma que supedita la conveniencia del ente a la del particular o la de éste a la de la empresa: individualismo o socialismo.

Pero constituido el Estado, el interés en su mantenimiento conforme a las reglas de principios orgánicos respectivas, el interés particular ya no entra en conflicto, pues fue originalmente absorbido por la Constitución.

La indemnización que se reclama por lesión individual, no pasa de ser la pretensión de que el caso particular entra en la previsión general.<sup>626</sup> En otras palabras, el particular sostiene que la ley le autoriza a reclamar la reparación, en tanto que la autoridad, como órgano legitimado para

<sup>624</sup> Que surgirían, dice Carnelutti, *Sistema*, I, p. 16, en orden a la seguridad personal del particular y el colectivo de la defensa del territorio que reclama la exposición de aquél a los peligros de la guerra.

<sup>625</sup> Que sería el interés privado afectable, porque el tutelado por la ley no puede encontrar oposición en ella.

<sup>626</sup> El Estado sólo es responsable en la medida que establecen sus leyes.

acertarla y pagarla, pretende que el caso no cae dentro de la norma positiva.

Median, por tanto, cuestiones de derecho y de interés, pero no conflictos entre intereses y derechos. El desacuerdo está entre el litigio y la controversia, porque del primero tiene el punto común de la existencia de derechos e intereses y del segundo la ausencia de disputa de intereses o derechos recíprocos. Es por ello que el ministerio público, actuando en lo penal, siempre es actor, en tanto que su papel en lo contencioso administrativo puede ser de demandado o coadyuvante de éste y aún cabe que sea meramente dictaminador.

En el recurso de nulidad o de control de la legalidad y el recurso de inconstitucionalidad dice —Morgan Jr., refiriéndose a la ley panameña—<sup>627</sup> tienen la característica análoga de la posición que debe adoptar el representante del ministerio público. Ambos procedimientos deben ser tramitados con audiencia del procurador general o del procurador auxiliar, actuando en defensa del orden constitucional o legal; es decir, no tienen el deber de defender el acto impugnado, sino el orden jurídico.

Aunque en el contencioso subjetivo, al ministerio público corresponde la defensa de los actos atacados,<sup>628</sup> no por ello se puede creer que se pasa del desacuerdo al litigio, pues la defensa es procesal, esto es, no se intenta la defensa de un derecho subjetivo nacional o municipal,<sup>629</sup> sino del criterio de la autoridad administrativa que ya venía en desacuerdo con el criterio del demandante.

### 32. *El contenido contencioso*

Una corriente bien identificada por su intención de desterrar definitivamente los términos contencioso administrativo, explica que la terminología apropiada es la de proceso administrativo.<sup>630</sup>

Los vocablos contencioso administrativo, se recuerda, tienen su origen en los tribunales administrativos franceses de tal nombre, que se caracterizan por ser órganos de la propia Administración, ya que siguiendo la idea de la división de poderes, se piensa que la justicia no debe inmiscuirse en los asuntos relativos a la Administración Pública. Pero en

<sup>627</sup> *Op. cit.*, p. 117.

<sup>628</sup> Morgan, *op. cit.*, p. 81.

<sup>629</sup> Los casos patrimoniales privados son civiles.

<sup>630</sup> Agustín A. Gordillo, "Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos —Confusiones que origina 'lo contencioso administrativo'", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, III, septiembre-diciembre, 1965, p. 113.

regímenes, como el argentino, en que constitucionalmente no puede negarse a los habitantes el acceso a una instancia judicial propiamente dicha, estos casos son de litigio judicial en materia administrativa.

Sin embargo, desde Oskar Van Bülow,<sup>631</sup> la neta separación entre la relación jurídica procesal y las relaciones de derecho sustantivo que constituyen la materia del debate, permite observar que no es lo orgánico ni lo formal, lo que puede servir para caracterizar al proceso, y que no es lo debatido dentro de él lo que define su tipo.

Las deformaciones de las leyes positivas pueden ofrecer en determinado momento, casos de litigios civiles sustanciados y resueltos por órganos administrativos,<sup>632</sup> sin que ni la forma, ni la materia, ni el órgano que conoce y decide, sean suficientes para sostener o negar la existencia de un proceso.

Fuera de la estructura jurídica de los actos: ejercicio de acciones y potestad jurisdiccional, las demás notas son insuficientes. El proceso es único en cuanto serie de acciones y jurisdicción, de manera que poco importa que en su seno se desenvuelva un litigio, una controversia penal o un desacuerdo administrativo. La política legislativa puede optar por encomendar el conocimiento de ese desacuerdo administrativo a la judicatura, a la propia administración o a tribunales especiales. Lo importante será: la existencia de un verdadero proceso y la índole del conflicto.

Es por ello que puede seguir denominándose contencioso administrativo a lo que tradicionalmente ha formado el conjunto de debates procesales sobre conflictos administrativos. La denominación contencioso administrativo permite, además, una coincidencia de observación teórica. En poco perjudica a la ciencia el mantenimiento de una terminología tradicional y, en cambio, la doctrina identifica de inmediato el problema.

Hablar de proceso administrativo tiene, por otro lado, el peligro de implicar los juicios de la Administración sobre materias que no son propiamente desacuerdos administrativos, tal y como sucedería si se contemplara el proceso laboral mexicano, sustanciado ante juntas de Con-

<sup>631</sup> *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Trad. Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Bs. As., 1964, p. 2.

<sup>632</sup> Ley de Vías Generales de Comunicación, título II, capítulo II, D.O. 19/II/1940 y artículo 251 del Reglamento del capítulo de "Explotación de Caminos" de la Ley de Vías Generales de Comunicación, D.O. 24/VIII/1949, que regulan reclamaciones entre consignatarios y porteadores; ello sin contar con que, yendo hacia el campo penal, hay opiniones doctrinarias, como la de Manuel Rivera Silva, *El procedimiento penal*, México, 1944, p. 97, que sostienen que los delitos de querrela necesaria son verdaderos litigios privados que no debieran ser llevados a las cortes penales como acontece legal y realmente.

ciliación y Arbitraje, formadas por la Administración activa con representantes patronales y obreros que actúan a la manera del escabinato germánico o como conjueces. Proceso en lo administrativo, es un giro que puede hacer pensar en el contencioso burocrático exclusivamente, y proceso administrativo simplemente, lleva a discutir si cuestiones tales como las rectificaciones de actas del estado civil, son juicios civiles o administrativos conocidos por la judicatura.

Contencioso administrativo es, pues, una calificación que hace meditar en los problemas del contenido al par que en cuestiones de organización. Se piensa desde luego en un tribunal especial y en un cierto grupo de temas, para pasar posteriormente al análisis de ángulos particulares como los principios que rigen la sustanciación, la eficiencia probatoria, la naturaleza del fallo y sus efectos.

Por lo demás, una revisión de los textos vigentes en Iberoamérica, lleva a la conclusión de que las palabras contencioso administrativo permiten, tanto ubicar el tema, como determinar las diferencias específicas. Así, a partir del Texto Refundido de la Ley de lo contencioso administrativo, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, se advierte que en España integran el llamado recurso, dos tipos de impugnaciones: la de plena jurisdicción y la de anulación.<sup>633</sup> Estos recursos pueden intentarse contra resoluciones que causen estado, emanen de la Administración en ejercicio de sus facultades regladas, vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento y otro precepto administrativo; y, en materia provincial y municipal, cabe el recurso contencioso administrativo de anulación por incompetencia, vicio de forma o cualquiera otra violación de leyes o disposiciones administrativas si el recurrente tiene interés directo en el asunto.<sup>634</sup>

La noción de lo contencioso administrativo implica ciertos límites que en la ley española se fijan excluyendo de esta jurisdicción a las resoluciones que la Administración dicte en aplicación y ejecución de leyes y disposiciones referentes a depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo, abastecimientos, prensa y propaganda, radiodifusión, cinematografía y teatro; las resoluciones de la Administración central, referentes a personal, incluso las que recaigan sobre clasificaciones y señalamientos de haberes pasivos de los funcionarios y de sus familias; pero no se comprenden las que impliquen separación del cuerpo o servicio o destitución de los funcionarios de los cuerpos nacionales de administra-

<sup>633</sup> Artículo 1º.

<sup>634</sup> Artículo 1º, apartados 1º a 3º

ción local, si se dictan como sanción y no como depuración ni responsabilidades políticas que exijan expediente administrativo contra funcionarios o empleados inamovibles según ley; las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen se refieran a la potestad discrecional; las cuestiones de índole civil o criminal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y aquellas otras que por su naturaleza sean de la competencia de otras jurisdicciones;<sup>635</sup> las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores que hayan causado estado y no hayan sido reclamadas, y las confirmatorias de acuerdos consentidos por no haber sido apelados en tiempo y forma; las que se dicten con arreglo a una ley que expresamente las excluya de la vía contenciosa; las consultadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar como Asamblea de las Órdenes Militares de San Hermenegildo y San Fernando; las ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de jefes, oficiales y suboficiales de los ejércitos de tierra, mar y aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas, a postergaciones impuestas reglamentariamente o al pase de la situación de retirado con arreglo a las Leyes de Selección de Escalas, consultadas con el Consejo Superior del Ejército, de la Armada o del Aire; pero continuarán atribuidas a la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración central, provincial y municipal, para obras y servicios públicos de toda especie, así como aquellas cuestiones respecto de las que se otorgan recursos especialmente en una ley o reglamento, si no estuviesen comprendidas en las excepciones del artículo anterior.<sup>636</sup>

Se estime incorrecta o no la especificación de materias susceptibles de ser llevadas a esta competencia,<sup>637</sup> lo importante es que ya desde la enunciación del tema ha quedado precisado su contenido abstracto, con independencia de su diferenciación concreta por obra del legislador nacional.

Es así como en la más antigua de las leyes argentinas, el Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de

<sup>635</sup> Se consideran de índole civil las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de este carácter y las que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derechos y obligaciones.

<sup>636</sup> Artículos 4º y 5º

<sup>637</sup> Atribuida a las Salas Tercera y Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sala de Revisión de lo Contencioso Administrativo, y Tribunales Provinciales de lo Contencioso Administrativo, según el artículo 11, incluido en el capítulo primero del título segundo.

Buenos Aires de 22 de diciembre de 1905,<sup>638</sup> se reputan causas contencioso administrativas las que inicien los particulares o alguna autoridad administrativa, reclamando contra una resolución definitiva, dictada por el Poder Ejecutivo, las municipalidades o la Dirección General de Escuelas (Ministerio de Educación) y en que se vulnere un derecho de carácter administrativo, establecido en favor del reclamante por una ley, un decreto, un reglamento u otra disposición administrativa preexistente.<sup>639</sup> A ello se añadió que todas las resoluciones definitivas de las autoridades administrativas, que rescindan, modifiquen o interpreten contratos celebrados por ellas, en su carácter de poder público, darán lugar a una demanda contencioso administrativa, previa denegación a revocarla de la autoridad que la hubiese dictado.<sup>640</sup> Igualmente, se estableció que la denegación o concesión de una pensión o jubilación, hecha por el poder administrador, daría lugar a la acción contencioso administrativa, por parte del que considerare vulnerados sus derechos; declarándose acción contencioso administrativa la empleada para repetir las sumas indebidamente pagadas en concepto de impuesto.<sup>641</sup> Se dispuso también que la revocación de una resolución administrativa consentida por el particular interesado, daría lugar a que éste promoviera el juicio contencioso administrativo para el efecto de que se restableciera el imperio de la anulada, exceptuándose la que tuviere por objeto rectificar errores de hecho o de cálculo, que podrían ser corregidos administrativamente.<sup>642</sup> En este campo se incluyó la acción por retardo, cuando la administración no dictare las providencias de trámite en un asunto que diere lugar a una acción contencioso administrativa, en los plazos establecidos por la misma autoridad, en los decretos o reglamentos que fijaren sus procedimientos.<sup>643</sup>

En cambio se excluyeron de esta jurisdicción, además de los casos de consentimiento tácito o expreso,<sup>644</sup> las cuestiones en que la autoridad administrativa procediere en ejercicio de sus facultades discrecionales, aquellas en que el derecho vulnerado sea de orden civil o en que la autoridad procediere como persona jurídica, las resoluciones que fueren

<sup>638</sup> Preparado por Luis V. Varela con apoyo en la ley de esta fecha y convertido en ley por Decreto de 9 de enero de 1906, reformado posteriormente por disposiciones especiales, como la Ley de Presupuesto para 1933, el Código Fiscal de 1948 o la Ley de 19 de agosto de 1952.

<sup>639</sup> Artículo 1º

<sup>640</sup> Artículo 3º

<sup>641</sup> Artículo 4º

<sup>642</sup> Artículo 5º

<sup>643</sup> Artículo 7º

<sup>644</sup> Artículo 14.

reproducción de otras en que no se hubiesen reclamado oportunamente, y sobre asuntos en que alguna ley declarare expresamente que quedaban excluidos de la acción contencioso administrativa.<sup>645</sup>

Si en esta ley no se prevé el recurso objetivo o de anulación, como ya lo han hecho otras argentinas, a saber: los códigos de Córdoba (1941), de La Rioja (1946), de Jujuy (1948), de Santa Fe (1951) y de Santiago del Estero (1951), sin embargo, existe la determinación de una materia generalmente identificada por los términos contencioso administrativo, particularidad que permite adentrarse en la regulación, sin que sea impedimento el que el tribunal especial sea la Suprema Corte al fallar en definitiva sobre el fondo de la causa y al resolver los incidentes,<sup>646</sup> porque este tribunal de única instancia, actuando singularmente sobre tal materia, determina un problema orgánico aparte: el de aclarar si existe o no un tribunal administrativo para una materia administrativa. Conviene recordar que el propio Varela acudió a las fuentes norteamericanas para invocar la creación de la Corte de Reclamos<sup>647</sup> como tribunal de lo contencioso administrativo, de manera que su vinculación con el órgano judicial se originó, tanto en lo dispuesto por la Constitución provincial,<sup>648</sup> como en las circunstancias de conveniencia orgánica y territorial de su provincia.

Pero los términos contencioso administrativo son, además, un índice para seguir una línea de sistematización que alcanza su grado más evolucionado en aquellas legislaciones que cuentan por supuesto, con un tribunal especial.

Tal es el caso de Colombia, que ha influido posteriormente en Panamá. Su Constitución de 1886 creó un Consejo de Estado siguiendo tradiciones consultivas; pero en el numeral tercero del artículo 141 le confirió la atribución de decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso administrativas si la ley establecía esta jurisdicción, ya fuera a conocer de ellas en primera y única instancia o en apelación.

Este Consejo, suprimido por acto legislativo de 1905, se restableció en la reforma constitucional de 1914, indicándose claramente que tenía la tarea de desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, conservando las orientaciones de la Constitución de 1886.

La competencia había sido organizada por Ley de 1913, de manera

<sup>645</sup> Artículo 29.

<sup>646</sup> Artículo 14.

<sup>647</sup> *The Court of the Claims*.

<sup>648</sup> Artículos 157 y 159.

que en 1914 las atribuciones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se asignaron al Consejo de Estado.

Esta competencia consistió en la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del ministerio público, de los ciudadanos en general o de las personas que se creyeren vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la ley.<sup>649</sup>

Por tanto, el actual Código de lo Contencioso Administrativo da por establecida constitucionalmente la competencia especial y se limita a expresar que se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos.<sup>650</sup>

Originalmente fue necesario, dice la doctrina,<sup>651</sup> fue preciso recurrir a las antiguas distinciones entre actos de imperio y actos de gestión, entre personalidad pública y personalidad privada del Estado, y por ello el artículo 40 del Código Judicial expresa que corresponde a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil de única instancia, conocer privativamente de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la nación con cualquier entidad o persona, aunque la nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos.

Por su parte, el artículo 76 del mismo código, señala que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocerán en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los que trata el artículo 40; de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado, cualquiera que sea de su cuantía, con la misma salvedad; y del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios ejecutivos que conozcan los recaudadores de rentas públicas departamentales y jueces de ejecuciones fiscales del departamento, investidos de competencia coactiva.

Si esta distribución se hizo sobre la base de la doble personalidad del Estado, teoría que ha entrado en plena crisis, no impidió que en el Código Contencioso Administrativo se enumeraran los casos en que el Consejo de Estado conoce privativamente y en segunda instancia.

En el primer caso, según el artículo 34, le corresponden las conten-

<sup>649</sup> Artículo 1º

<sup>650</sup> Artículo 1º, ley de 1941.

<sup>651</sup> Guillermo Hernández Rodríguez, "Repercusión en materias de competencia de la creación del contencioso administrativo en Colombia", en *Revista de la Universidad Libre*, núms. 8 y 9, agosto y septiembre de 1956, p. 44.

ciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra, de las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales; de los asuntos relativos a la navegación marítima, fluvial, de los ríos navegables, en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, en cuanto no sean de la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia;<sup>652</sup> de las causas o negocios contenciosos sobre presas marítimas; de las cuestiones que se susciten entre el Estado y uno o más departamentos o municipios, sobre competencia de facultades administrativas, o entre dos o más departamentos, o entre uno de éstos y una intendencia o comisaría, por el mismo motivo; de las cuestiones respecto a la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales; de la decisión sobre extinción de la condición resolutoria de los baldíos nacionales, conforme al artículo 7 de la ley 52 de 1931; de los juicios de revisión de las cartas de naturaleza; de los juicios contra las resoluciones y actos de la Contraloría General de la República, la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades Anónimas; de los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, de los ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta; y de los juicios electorales, de acuerdo con el capítulo xx de la ley.

En cuanto a la competencia de segunda instancia, el artículo 35 declara que le corresponden las apelaciones o consultas de las sentencias definitivas de los tribunales administrativos, en los casos previstos por la ley; las apelaciones de los autos de suspensión provisional dictados por los mismos tribunales, conforme al capítulo x; de las apelaciones contra los autos de fenecimiento con alcance proferidos por la Contraloría General de la República; cuando el alcance ascienda a más de quinientos pesos; de las apelaciones contra las relaciones de la misma entidad; y de las apelaciones contra decisiones relativas a recompensas o pensiones de acuerdo con lo previsto en el capítulo xviii de la ley.

Todavía los artículos 36 y 37 se refieren a la competencia para conocer por consulta de los negocios que indique la ley, y para decidir las controversias que se susciten entre los tribunales administrativos, por razón de competencia, sobre los impedimentos y recusaciones de los miembros del Consejo, de los conjuces y del secretario y de las excusas de los conjuces para asunto determinado o en general.

<sup>652</sup> Artículo 36, numeral 2º, del Código Judicial.

### 33. *Limitación del contenido*

Si se considera el problema de las relaciones entre la administración pública y el particular, en abstracto y desde el exterior, se llegará a la conclusión de que los desacuerdos que significan el conflicto particularmente calificado, deben ser resueltos mediante operaciones jurídicas que no difieren de las realizadas en los demás supuestos de litigios civiles o controversias penales.

En el Estado aparecen los conflictos intersubjetivos de una manera natural, como expresiones que son del cumplimiento o interpretación de las normas vigentes. No habría, pues, razón suficiente para pensar en una organización especial que viniera a encargarse de la solución del contencioso administrativo.

Tal podría ser la razón por la que ciertos países iberoamericanos desconozcan el contencioso administrativo y, sin embargo, regulen las contiendas entre el particular y la administración judicialmente. En cuanto a la materia sobre la que versa, dice Alfredo Buzaid,<sup>653</sup> el mandamiento de seguridad es un recurso administrativo; bajo el aspecto jurisdiccional, en cambio, es un remedio judicial. Se trata de un medio por el que el particular puede anular las medidas de ejecución, posesorias o cautelares que hace afectiva la administración sin intervención judicial.

La calificación de proceso administrativo por el contenido judicable sería adecuada. La doctrina advierte que el mandamiento es improcedente contra actos jurisdiccionales por regla general y que, en cambio, cabe contra la actividad administrativa de los funcionarios judiciales si no se trata de providencias de jurisdicción voluntaria<sup>654</sup>.

El mandamiento es un instituto procesal específico para enmendar el acto ilegal, dice J. M. Othon Sidou.<sup>655</sup> El Poder Judicial ejerce sobre el cumplimiento de la ley el más amplio control y conforme al artículo 15 de Código Civil, las personas jurídicas de derecho público son civilmente responsables por los actos de sus representantes que en tal ca-

<sup>653</sup> "Juicio de amparo e Mandado de Segurança", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. x, núms. 37 a 40, enero-diciembre de 1960, p. 141.

<sup>654</sup> Héctor Fix Zamudio, "Mandato de seguridad y juicio de amparo", en *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, Instituto de Derecho Comparado, México, 1963, p. 22, donde agrega que en casos excepcionales y por la amplitud protectora del mandamiento, la jurisprudencia ha admitido su procedencia contra actos jurisdiccionales si no existe recurso eficaz contra las resoluciones y que tenga efectos suspensivos que eviten los perjuicios de difícil o imposible reparación.

<sup>655</sup> *Do mandado de segurança*, Rio de Janeiro, 1959, p. 190.

lidad causen daños a terceros, procediendo contra derecho o faltando al deber prescrito por la ley.<sup>656</sup>

Hay, pues, un procedimiento judicial para proteger derecho líquido y cierto no amparado por *habeas corpus*, siempre que ilegalmente o con abuso de poder, se alegue sufrir violación o tener justo temor de sufrirla por parte de la autoridad, sea de la categoría que fuere o las funciones que ejerza; considerándose como autoridad a los administradores o representantes de las entidades autárquicas o personas naturales o jurídicas con funciones delegadas por el poder público, solamente en lo que concierne a esas funciones.<sup>657</sup>

Esta institución, llevada después al Código del Proceso Civil, artículos 319 a 331, modificados más tarde por la ley federal número 1533 de 1951, representaría el contencioso administrativo brasileño, si no fuera por circunstancias que se repiten en aquellos regímenes en que la ausencia de este proceso especial produce una confusión de materias. El mandamiento ha llegado a ser considerado como un medio de control de la inconstitucionalidad,<sup>658</sup> porque abarca a la violación la ley ordinaria y a la ley constitucional, pudiendo haberse precipitado de la expresión abuso de poder que, según Fagundes significa violación de reglas de la competencia.<sup>659</sup>

La dificultad, pues, de su ubicación ha sido vista por Alcalá-Zamora,<sup>660</sup> para quien se trata de un proceso administrativo con una cierta contaminación constitucional, derivada de la posibilidad de utilizarlo frente a actos de autoridad de cualquiera de los poderes del Estado.

Pero a ello, debe añadirse que en el Brasil, con relación a los impuestos a la renta, a las ganancias excesivas y a todo otro tributo que tenga carácter adicional del que grava la renta, tras las reclamaciones que pueden presentar los contribuyentes o los agentes de retención ante la propia entidad recaudadora, cabe dirigirse en apelación al Primer Consejo de Contribuyentes, organismo de estructura peculiar, con caracteres semejantes al Consejo de Tarifas, competente en materia de derechos aduaneros. Este Consejo entiende, tanto de las acciones o recursos voluntarios, como de las apelaciones que por medio de recursos de oficio

<sup>656</sup> Pero existe la vía de regreso contra el funcionario cuando tenga culpa, según el artículo 124 de la Constitución.

<sup>657</sup> Ley 191, artículo 1º

<sup>658</sup> Según Seabra Fagundes, citado por Alejandro Ríos Espinoza, "Presupuestos constitucionales del mandato de seguridad", en *Tres estudios...*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>659</sup> Usurpación de poder, excesos en la actuación legal, simulación o apariencia de legalidad, *op. cit.*, pp. 95-6.

<sup>660</sup> "El mandato de seguridad brasileño, visto por un extranjero", en *Tres estudios*, *op. cit.*, p. 115.

le dirija la autoridad administrativa, contra decisiones recaídas contra el fisco por cierta cuantía. Resuelto el recurso de reconsideración ante el mismo Primer Consejo de Contribuyentes, queda a salvo el recurso del fisco de interponer ante el ministro de Hacienda un medio impugnativo que conduce a decisión definitiva e irrevocable, pero si el perdedor fuere el particular, cabe acción de anulación ante un órgano judicial, el tribunal federal competente, contra cuyas decisiones es factible apelar ante el Tribunal Federal de Recursos y, en ciertos casos, ante la Corte Suprema de Justicia. Otros recursos sobre impuestos federales se llevan al Segundo Consejo de Contribuyentes, pero ni éste ni el anterior son competentes para reclamaciones por repetición de impuestos, las que deben intentarse ante el director general del Tesoro Nacional y, en caso de rechazo, ante los tribunales judiciales.<sup>661</sup>

Todavía más, por decreto 906 A, de 7 de noviembre de 1890, el Gobierno Provisional de la República Brasileña, creó el Tribunal de Cuentas para el examen, revisión y juzgamiento de los actos concernientes a los gastos públicos o que afecten las finanzas de la República, juzgando también de las responsabilidades y condenando a su pago. Este tribunal de tipo ecléctico como le llama la doctrina,<sup>662</sup> juzga también de la legalidad de los contratos, arrendamientos, y pensiones según el artículo 77 de la Constitución Federal. Figura dentro de la sección VI: Del Poder Legislativo, siendo por tanto un órgano auxiliar de éste, y así lo declara la Ley 830 de 23 de septiembre de 1949.

Su carácter es, según opinión de Buzaid, de un tribunal administrativo con funciones limitadas a los juzgamientos indicados: sobre cuentas por responsabilidad de dineros y otros bienes públicos y de los administradores de las entidades autónomas, aprecia la legalidad de los contratos, sus adjudicaciones, modificaciones y pagos. En ello, dice Buzaid, se asemeja a la actividad jurisdiccional del Poder Judicial. En el campo que la Constitución le ha conferido, fiscaliza la administración financiera y la ejecución de la ley reglamentaria, examen que precede al conocimiento del Poder Legislativo del cual resulta tribunal de primera instancia, si bien las liquidaciones no impugnadas se consideran aprobadas sin reexamen.

En suma, concluye Buzaid, cuando el Tribunal de Cuentas fiscaliza, directamente o por las delegaciones creadas por la ley, la ejecución del

<sup>661</sup> Adolfo Atchabahian, "Lo contencioso tributario en América", en *Rev. Trib. Fiscal*, cit., pp. 169-170.

<sup>662</sup> Mário Masagão, citado por Alfredo Buzaid en su trabajo inédito *O Tribunal de Contas no Brasil*.

presupuesto, y cuando juzga la legalidad de los contratos, adjudicaciones y demás, es órgano auxiliar del Congreso. Pero cuando juzga sobre las cuentas de los responsables por dineros u otros bienes públicos y de las de los administradores de entes autónomos es corporación administrativa autónoma. Sus decisiones basadas en cosa juzgada pueden ser revisadas por el Poder Judicial, que las acatará conforme a la ley.

Con tales peculiaridades, se puede decir con Jesús González Pérez,<sup>663</sup> que si el Reglamento brasileño de 1842 regulaba la función del contencioso administrativo del Consejo de Estado, con el advenimiento de la República se suprime el contencioso administrativo y, aparentemente, las pretensiones impugnativas del particular se confían a la organización judicial.

Este caso típico de países sin regulación especial sobre el contencioso administrativo, grupo que González Pérez integra con México y Nicaragua,<sup>664</sup> permite llegar a una primera conclusión: ahí donde falta el contencioso administrativo, los límites del contenido procesal, o sean del desacuerdo susceptible de ser juzgado por tribunales especiales, es indefinido. La razón es obvia, pues si en Brasil se duda en dos sentidos: en cuanto a la posibilidad de incluir los actos jurisdiccionales y las cuestiones de inconstitucionalidad, en México y Nicaragua, a los que debe añadirse Guatemala respecto al amparo regulado por la ley 1539 de 1948, tanto cabe impugnar actos jurisdiccionales como violaciones constitucionales.

a) Ahora bien, el contencioso administrativo por antonomasia y no por consideraciones axiológicas, tiene un primer límite: la legalidad. Lo que se persigue es reducir los actos de las autoridades a los términos de la ley, pues la conformidad de ésta con los principios constitucionales es materia de otras vías.<sup>665</sup>

Si se observan las pretensiones del contencioso administrativo y de las impugnaciones de inconstitucionalidad en lo que tienen de oposición u objeción de los particulares, se pueden ofrecer semejanzas, y ello se ha hecho en la doctrina panameña, donde se advierte que ambos recursos pueden ser interpuestos por cualquier persona,<sup>666</sup> sin requerirse para

<sup>663</sup> *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, t. 1, p. 227.

<sup>664</sup> *Id.*, t. 1, pp. 228 a 259.

<sup>665</sup> Recurso de inconstitucionalidad o controles de nulidad de leyes, cfr. J.A.C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, Una contribución de las Américas a la ciencia política*, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1963.

<sup>666</sup> El de nulidad y el de inconstitucionalidad incluidos en el artículo 167 de la Constitución, Morgan, *op. cit.*, p. 117.

la legitimación más que estar domiciliado en el país.<sup>667</sup> En ambos casos se ordena la tramitación con audiencia del procurador general o del procurador auxiliar actuando en defensa del orden constitucional o legal, lo que excluye la contención propiamente dicha entre partes, y también se asimilan en que no existe plazo de decadencia para interponer la instancia.<sup>668</sup> En cuanto al fallo, sus efectos son declaratorios de nulidad.

Pero la conclusión es que el recurso de nulidad es en el proceso administrativo lo que el recurso de inconstitucionalidad en el orden constitucional.<sup>668-bis</sup> En seguida vienen las diferencias: el de nulidad busca que la actividad administrativa quede dentro del marco de la legalidad, de ahí que sea procedente la intervención adhesiva de terceros, que no cabe en el de inconstitucionalidad, donde sólo intervienen las personas afectadas. Pero sobre todo, es fundamental la distinción del objeto o *thema decidendum*, pues en la impugnación de inconstitucionalidad, la misma ley es objeto de control.

b) El segundo límite viene consignado en las modernas legislaciones iberoamericanas, se encuentra en los actos vinculados a la materia civil, específicamente los contratos. Así, el artículo 73 de la Ley 167 de 1941 sobre organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa colombiana,<sup>669</sup> establece que no son acusables las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato. Esta exclusión no se funda en la noción de servicio público sino en la doctrina que clasifica los actos por la forma como se manifiesta la declaración de voluntad, según que tengan por objeto la idea de poder o de gestión o gerencia de los negocios públicos.<sup>670</sup> Escapan, así, de la jurisdicción contencioso administrativa todas las actuaciones realizadas por la administración como consecuencia o desarrollo de un concurso bilateral de voluntades; por ende, para determinar la competencia del Consejo de Estado debe examinarse la naturaleza de los actos a fin de determinar si han sido realizados en desarrollo de estipulaciones voluntarias pactadas entre la Administración y la persona que se con-

<sup>667</sup> No se necesita de un derecho individual violado, ni de un interés legítimo lesionado y ni siquiera de un simple interés jurídico.

<sup>668</sup> No hay prescripción, dice Morgan, pues no se discuten derechos que puedan extinguirse ni siquiera intereses que puedan perderse por el transcurso del tiempo.  
<sup>668-bis</sup> *Id.*

<sup>669</sup> "Código contencioso administrativo", "Con notas, concordancias, jurisprudencia del Consejo de Estado y normas legales complementarias", por Jorge Ortega Torres, Bogotá, 1965, p. 188.

<sup>670</sup> Auto 23 de enero de 1949, t. LVIII, p. 340.

sidere lesionada, porque si tal cosa es cierta, tales actos hacen incompetente a dicha jurisdicción.<sup>671</sup>

Criterio semejante siguió la Corte Suprema de Justicia venezolana,<sup>672</sup> indicando que si la Administración ha obrado en el contrato como persona jurídica privada, o sea como sujeto de derechos y obligaciones de naturaleza civil, hay que considerar dicha convención también como de índole civil y ajena a la vía contencioso administrativa. Y el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de 1963, establece en su artículo 113, letra a, que no corresponderán a esta jurisdicción, las cuestiones civiles, mercantiles y del trabajo, aun cuando en ellas sea parte o haya de intervenir la Administración Pública.

En cuanto a la más reciente normatividad, la Ley 3667 Reguladora de la Jurisdicción Administrativa, de 12 de marzo de 1966 de Costa Rica, en su artículo 2º se da competencia a esta jurisdicción para conocer de lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de derecho público, cuando tengan por finalidad obras y servicios públicos. En su apartado c) se agrega que conocerá también de las cuestiones que la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás leyes atribuyen exclusivamente a la vía civil de hacienda.

Esta ley, cuya expedición fue impulsada por la tesis doctoral de Gonzalo Retana Sandí,<sup>673</sup> tuvo, pues, el propósito señalado por dicho autor,<sup>674</sup> de hacer que los mismos órganos jurisdiccionales conocieran de las pretensiones dirigidas contra el Estado, ya se fundaren en derecho administrativo<sup>675</sup> como en derecho civil.<sup>676</sup> Tal fue la idea expuesta en el Dictamen de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa,<sup>677</sup> al analizar en detalle el proyecto, indicando la unificación de las vías civil, de Hacienda y contencioso administrativa, atribuyendo a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de todo litigio en que figure como parte el Estado, sin que interese si ha actuado como poder o en uso de su capacidad de derecho privado, lo que evitará los conflictos de jurisdicción.

<sup>671</sup> *Sent.* 13 de julio de 1955, t. LXI, p. 399.

<sup>672</sup> CF-127-1, 3-12-59, Brewer Carías, *op. cit.*, p. 327, nota 59.

<sup>673</sup> *Revista del Colegio de Abogados*, t. XXI, núm. 12, julio, 1966, San José, Costa Rica, p. ix, Prefacio.

<sup>674</sup> *La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica y su reforma, op. cit.*, p. 255.

<sup>675</sup> Vía contencioso administrativa.

<sup>676</sup> Vía civil de hacienda.

<sup>677</sup> *Op. cit.*, p. 318.

Frente a esta reforma, la vieja ley argentina de Varela, o la anterior Ley Lares mexicana de 1853, han sido superadas en un sentido: unificación de la competencia. Pero todavía queda por averiguar si con ello se ha logrado superar la limitación aludida. En el fondo, la unificación de competencia no significa la desaparición del contencioso civil entre la Administración y el particular. Por muy saludable que sea, en ningún momento entraña una conversión de lo civil en lo administrativo, ni la aplicación de principios de esta rama a la otra. El mismo tribunal conocerá de ambas clases de conflictos, pero de ahí no se sigue que hayan de resolverse semejantemente, al grado de permitir, por ejemplo la facultad rescisoria unilateral, propia del servicio público. La relación de subordinación en que se encuentra el cocontratante frente a la Administración, dice Brewer Carías,<sup>678</sup> conlleva a la facultad de sancionar administrativamente el incumplimiento del contrato administrativo, siendo la más grave sanción la de rescisión; y a estas facultades se deben añadir la de modificar unilateralmente el contrato, la de tomar decisiones ejecutivas respecto a la inteligencia del mismo, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades contractuales, su nulidad, caducidad, resolución, alcance e interpretación del contrato.

c) Así como del contencioso administrativo queda excluida la actividad legislativa y los actos legislativos, porque el principio que le guía es, cabalmente, el de legitimidad de los actos, que implica el apego a la ley vigente,<sup>679</sup> sin que ello signifique que deban sustraerse las actividades de otros poderes cuando sean administrativas, pues es acusable todo acto de autoridad de carácter administrativo, esté encuadrada la misma o no en el Poder Ejecutivo;<sup>680</sup> y tal es el caso de los actos de los órganos jurisdiccionales dictando nombramientos de funcionarios o reglamentando;<sup>681</sup> pues de la misma manera se suelen desterrar de esta competencia los actos judiciales.

La doctrina hace referencias confusas a los actos jurisdiccionales, sosteniendo que no son susceptibles de ser recurridos por ningún motivo ante los órganos contencioso administrativos;<sup>682</sup> pero en realidad tiene en mente los actos jurisdiccionales de los órganos judiciales, pues si se ampliara la mención a todos los que puedan tener carácter jurisdiccional, no cabría hablar de recursos, segunda instancia o procesos sobre procesos administrativos.

<sup>678</sup> *Op. cit.*, pp. 197 y ss.

<sup>679</sup> Brewer Carías, *op. cit.*, p. 320.

<sup>680</sup> Retana Sandí, *op. cit.*, p. 254.

<sup>681</sup> Brewer Carías, p. 323.

<sup>682</sup> Brewer Carías, p. 322.

En efecto, el acto jurisdiccional puede ser efectuado por el órgano judicial, tanto como por el legislativo o la Administración, y, precisamente, el contencioso administrativo ha venido siendo identificado, en primer lugar, por la especialización del juez. Entonces, lo correcto es hablar de eliminación del control de los actos jurisdiccionales de otros órganos que no sean los competentes del contencioso administrativo, para dejar fuera de esta zona a los actos jurisdiccionales del Poder Judicial y del Poder Legislativo, así como los de la misma índole de los particulares: arbitraje, y aun de organismos permanentes como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, creada por resolución XLI de la Séptima Conferencia Internacional Americana en 1933,<sup>683</sup> o de organismos paraestatales o descentralizados, como la Comisión Nacional de Seguros, creada por la Ley General de Instituciones de Seguros,<sup>684</sup> pues aunque a la misma se le otorguen características administrativas, al limitarse a conocer de reclamaciones contra las instituciones de seguros por razones derivadas del contrato de seguro, su materia es privada.<sup>685</sup>

d) En cuarto lugar, se habla de actos de gobierno que son los realizados por los llamados Cuadros Superiores del Poder Ejecutivo, y que se separan de la Administración, por estar atribuidos como delegación inmediata de la Constitución y no condicionados por las leyes. Su ubicación se hace en el mismo plano de la legislación: actuación directa de la Constitución y, por ende, su control se lleva a cabo por vías diversas.<sup>686</sup>

Constituciones como la venezolana, llegan hasta hablar de dos funciones de la autoridad administrativa: administración y gobierno, lo que conduce al control constitucional.<sup>687</sup> Mas la doctrina no estima que se trate de actos discrecionales, grupo aparte que integra nueva exclusión.

El acto de gobierno, que la jurisprudencia francesa ligó originalmente con el móvil político hasta 1875, ha quedado posteriormente en la indefinición por razones de enumeración casuística que, aunque con tendencia a la reducción constante, no ha derivado hacia la precisión de sus datos connotativos. Lo único que puede decirse dentro de esta corriente,

<sup>683</sup> Marvin G. Goldman, "Arbitration in Inter-American Trade Relations: Regional Market Aspects", en *Inter-American Law Review*, vol. VII, January-June, 1965, Tulane, N. Orleans, pp. 95-126.

<sup>684</sup> 26/VIII/1935.

<sup>685</sup> En contra del criterio de la Suprema Corte de Justicia de México, según se mira en Varios 210/59, "Wood, Compañía General de Seguros", S. A., amparo contra laudo de la Comisión Nacional de Seguros, estableciendo que se trata de un acto administrativo de competencia del juez de Distrito.

<sup>686</sup> Brewer Carías, *op. cit.*, p. 26.

<sup>687</sup> Artículo 190, ordinales 2, 5, 6, 7, 18 y 21 y artículos 240 y ss. de la Constitución venezolana, cfr. Brewer Carías, *op. cit.*, p. 108, nota 30.

es que se trata de actos que cumple el Ejecutivo en sus relaciones con una autoridad pública, y que escapa a todo control jurisdiccional.

Pero en Venezuela, por ejemplo, la situación ha ido variando, de manera que, si bien no son objeto del contencioso administrativo, sí pueden serlo del control constitucional. En definitiva, no se trata de actos administrativos y no están sujetos al principio de legalidad a cuyo rango se asimilan, y por ello en el mismo Proyecto de 1963, el artículo 113, letra b señala que no corresponderá a la jurisdicción administrativa las cuestiones relativas a los actos de gobierno, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual se estima como contrasentido por Brewer Carías,<sup>688</sup> ya que se trata de indemnizaciones del Estado y no de la Administración, únicas que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al artículo 206 de la Constitución. El acto de gobierno es dictado en libre apreciación de su oportunidad y conveniencia y por ello no está sometido a la ley, pero sí a su control en vía especial.<sup>689</sup>

e) En quinto lugar se habla de la potestad discrecional. Se trata del renglón de la actividad opuesta a la reglada, o sea a la que tiene preestablecida la decisión aplicable.

Se dice que si las funciones administrativas tuvieran que someterse todas al principio de legalidad, la actividad se convertiría en una elaboración mecánica de los actos, sin libertad para apreciar la oportunidad o conveniencia y sin posibilidad de tomar la iniciativa en sus tareas.

Cuando la autoridad puede adoptar, suprimir o modificar sus providencias sin estar condicionada por norma legal expresa, se entra en el campo de la discrecionalidad. La ley no puede prever, dice Brewer Carías,<sup>690</sup> y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad; de ahí que se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deje a éstos una cierta libertad de apreciación de los hechos.

En este sentido, las leyes suelen pronunciarse por la inadmisibilidad de la demanda, de manera que el artículo 29 del código para la Provincia de Buenos Aires expresa que la Suprema Corte desechará *in limine* toda demanda que verse, en primer lugar, sobre cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de sus facultades discrecionales.

<sup>688</sup> *Op. cit.*, p. 325, nota 55.

<sup>689</sup> Inconstitucionalidad.

<sup>690</sup> *Op. cit.*, p. 54.

En su Exposición de Motivos, explicaba Varela que el poder administrador tiene facultades que escapan a todo control y ningún acto de este tipo puede dar lugar al contencioso administrativo, aun cuando pudiese justificar un juicio por inconstitucionalidad de la medida si fuere contraria a la Constitución.<sup>691</sup>

En aquellos países que carecen de un auténtico contencioso administrativo, como Bolivia, aunque se prevean las respectivas causas,<sup>692</sup> se omiten disposiciones sobre el tema de la facultad discrecional.

En cambio, cuando el contencioso administrativo es regulado así sea someramente, como sucede en Ecuador, el problema es por lo menos decidido en principio. Por ello en el artículo 4º del Reglamento de lo Contencioso Administrativo de 1947 se expresa que este recurso es uno de los jurisdiccionales establecidos por el Estado para garantizar y amparar los derechos de los particulares o instituciones públicas frente y contra la Administración, cuando ésta actúe en uso de sus facultades regladas y no discrecionales.

En Guatemala no se habla de actos discrecionales, pero su Ley de lo Contencioso Administrativo de septiembre de 1936, en su artículo 17 precisa que no son materia del recurso las materias que por la naturaleza de los actos nazcan o versen sobre cuestiones que pertenezcan al orden político o de gobierno, afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado y a las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas y a la defensa del territorio, sin perjuicio de las indemnizaciones a que se pueda tener derecho.<sup>693</sup>

Por su parte, la ley colombiana, al establecer los motivos por los que

<sup>691</sup> *Op. cit.*, p. 225.

<sup>692</sup> Su Ley de Organización Judicial, de 31 de diciembre de 1857 comienza por indicar en su artículo 33 que los jueces despacharán con preferencia a toda otra causa civil, las relativas a hacienda pública, quedando derogado todo fuero en las de fraude contra sus rentas; luego en su artículo 51 atribuye a la Corte Suprema, entre otras cuestiones, el conocer de todas las materias contenciosas relativas al patronato nacional que ejerce el Gobierno Supremo de la República, el oír las consultas que le dirijan los tribunales y elevarlas al cuerpo legislativo, conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y conocer de las demandas contencioso administrativas a que dieren lugar las resoluciones del mismo —numerales 5º, 9º, 12 y 13—; y todavía en el artículo 151 indica el orden en el despacho de las Cortes y Juzgados, señalando en primer lugar las cuestiones incidentales, las causas criminales y, en tercero, las de hacienda, las que interesen a los establecimientos públicos y concluye con las de indígenas particulares, las de pobres de solemnidad, las civiles y las que pidan providencia en sala: pero ya nada se expresa ni en esta ley ni en la de Procedimiento Civil Boliviano de 1832, respecto al punto que ahora interesa.

<sup>693</sup> Además se consideran de carácter civil las cuestiones que emanen de la Administración actuando como persona jurídica o sea como sujeto de derechos y obligaciones.

puede ser acusado el acto, indica en el artículo 66 que la acción de nulidad procede cuando ha sido expedido en forma irregular o con abuso o desviación de atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere.

La jurisprudencia ha entendido que la denominación de falsa motivación no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir la desviación de poder y que hay que distinguir entre motivación falsa y motivación materialmente inexacta, constituyendo la última un desvío de poder o un obrar caprichoso. Logra así, esta jurisprudencia, introducir el concepto de moralidad o juridicidad de la administración, vía por la que conforme a la doctrina de Zanobini o de Garrido Falla, se restringe el poder discrecional. Por medio de la moralidad administrativa se desciende con el juez, a los casos particulares para conocer los móviles del acto.<sup>694</sup>

La ley dominicana que instituye la jurisdicción contencioso administrativa, reglamentando el artículo 32, inciso 12 de la Constitución de 1947, aunque excluía de la competencia del Tribunal Superior Administrativo las cuestiones que versaren sobre la inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones o actos, así como los actos que dictare o realizare el Poder del Estado en uso de atribuciones constitucionales, y aquéllos relativos a la conservación de la seguridad y el orden público;<sup>695</sup> y a pesar de que estipulaba que el recurso procedía específicamente contra los actos administrativos violatorios de la ley, los reglamentos, y decretos que vulneraren un derecho de carácter administrativo establecido con anterioridad en favor del recurrente por ley o contrato administrativo, aludía en forma directa a los actos que constituyan un ejercicio excesivo, o desviado de su propósito legítimo, de facultades discrecionales conferidas por las leyes, reglamentos o decretos.<sup>696</sup>

f) El tema del acto discrecional amerita una consideración especial, no sólo por las confusiones a que ha dado lugar, sino por las diversas significaciones que tiene en las leyes iberoamericanas y en sus respectivas doctrinas.

En algunos casos, la caracterización del acto discrecional se hace con simplicidad, como cuando Julio Alberto d'Avis S.<sup>697</sup> se limita a señalar que los actos se clasifican en reglados y discrecionales por su contenido.

<sup>694</sup> *Sent.* 14 de septiembre de 1961, t. LXIII, p. 316, *op. cit.*, p. 137.

<sup>695</sup> Artículo 7.

<sup>696</sup> Artículo 1.

<sup>697</sup> *Curso de derecho administrativo*, La Paz, 1960, p. 357.

Los primeros suponen la existencia de una regla objetiva a la que debe conformarse el acto. Cuando desaparecen las limitaciones sobre el momento, el contenido y la forma, aparece el discrecional. Por tanto, se trata de un acto que se produce en ausencia o insuficiencia de la ley, por un estado de necesidad administrativa o cuando el propio precepto normativo autoriza expresamente el ejercicio de la discrecionalidad o de la libre apreciación, que no puede lindar con la arbitrariedad, siendo más bien un ejercicio ajustado a la equidad, a la competencia y a la continuidad administrativas, frente a las numerosas hipótesis silenciadas por las leyes, ignoradas o no previstas por ellas. El acto discrecional deberá proceder siempre de un órgano dotado de competencia y nunca podrá acusar desproporción o desequilibrio entre el medio empleado y el fin perseguido.

En otras obras, como las de Bartolomé A. Fiorini<sup>698</sup> o de Miguel S. Marienhoff,<sup>699</sup> el problema es observado con mayor agudeza.

De las consideraciones de estos autores, se sigue que el concepto de acto discrecional está íntimamente ligado con la existencia de una organización contencioso administrativa especial. El sistema judicialista, dice Fiorini,<sup>700</sup> exhibió una absoluta inhibición para controlar la actividad administrativa y en especial la gestión discrecional, en tanto el del contencioso administrativo presentó una superioridad absorbente sobre los actos de la administración de cualquier clase que fueren.

Ello todavía es válido para sistemas como el mexicano en que a través de una vía de control constitucional como el amparo, se intenta resolver judicialmente una dificultad que nace, no en la Constitución sino en las leyes.

Ante todo, es menester determinar si se ha de hablar de acto o de actividad administrativa discrecional. Mientras Fiorini sostiene que se ha de hablar de actividad porque se alude con ella a la manifestación de un poder absoluto que tenían ciertos órganos de la Administración para emitir los actos calificados de discretionales; Marienhoff opina que habiendo cambiado el concepto porque la Administración se halla totalmente sometida al orden jurídico, cualquiera que sea el tipo de actividad que ejerza, es correcto hablar del acto en sí.

La razón parece estar del lado de Marienhoff, puesto que nada en la empresa de gobierno puede estar fuera de sus propósitos y principios. Un poder dentro de otro no tiene sentido y no cabe admitir que cierta

<sup>698</sup> *La discrecionalidad en la Administración pública*, Bs. As., 1952.

<sup>699</sup> *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., 1956.

<sup>700</sup> *Op. cit.*, p. 17.

parte de los órganos estatales sean absolutos en su manifestación, que sean soberanos o incontrollables.

En consecuencia, cuantas veces se hable de actividad, se estará significando el conjunto de los actos y la calidad o categoría de un ente. Ello lleva a sostener que tratándose de actos administrativos, para poder hablar de discrecionalidad, se ha de partir de varios supuestos ineliminables.

En primer lugar, el acto discrecional en este campo ha de ser un acto administrativo. Con ello se establece que la discrecionalidad no es una nota que desnaturalice o aparte lo administrativo. El acto discrecional deberá exhibir las características de lo administrativo, so pena de confundir los problemas.

Aunque aparentemente se conduzca a una paradoja, lo cierto es que al hablar del acto discrecional se ha de observar la actividad dentro del orden jurídico, de la actividad conformada a los fines legales. No es discrecional sino arbitrario el acto que se sale de la legalidad por su procedencia, objeto o finalidad.

En seguida es menester puntualizar que el acto discrecional no es el acto privativo. En el conjunto de normas estatales, unas son constitucionales y otras legales. El acto discrecional no está previsto en las primeras. Ciertamente hay preceptos que confieren al Ejecutivo la facultad para realizar o no determinados actos, como el conceder indultos o conmutación de penas, pero ello no significa discrecionalidad, sino competencia. Corresponde a la Administración y, particularmente al Ejecutivo en los regímenes republicanos, la expresión de ciertas conductas; con ello se elimina de la competencia de los otros órganos este cúmulo de funciones, pero no se les convierte en actos discrecionales.

La discrecionalidad está en la ley ordinaria. La competencia privativa, dice Fiorini,<sup>701</sup> por su origen constitucional, por su carácter excepcional, por su limitación restringida, por su pretensión de carácter político, nada tiene que hacer con la discrecionalidad administrativa. En muchos de estos actos, además, la discrecionalidad está excluida, como sucede con la convocatoria de las cámaras legislativas, los ascensos militares, donde no hay actos oportunos y nuevos, sino previamente dispuestos.

Queda así precisado que la discrecionalidad y la novedad son notas coexistentes. Encomendar al ministerio público la persecución de los delitos es darle competencia privativa, pero no discrecionalidad. Sus facultades pueden y deben estar controladas, sin perjuicio de que dentro de esta función se puedan autorizar actos discrecionales propios.

<sup>701</sup> *Op. cit.*, p. 72.

La calidad de acto discrecional corresponde a la clasificación de la actividad administrativa y se enfrenta al acto reglado. Pero no se trata, dice Marienhoff,<sup>702</sup> de que la discrecionalidad se aposente en la finalidad del acto, en sus elementos, contenido u objeto, ni tampoco en su causa. En ciertos casos, la discrecionalidad mira a un dato y en otros al siguiente, es decir, el acto será reglado en su objeto y discrecional en su causa o viceversa y ambos están supeditados al fin, porque de otra manera se producirá un desvío de poder.

En realidad, el acto reglado está predeterminado y se emite en virtud de normas que reglan su manifestación específica. La Administración no tiene posibilidad de elegir entre varias posibles decisiones; su conducta viene de antemano señalada por la regla de derecho: si se solicita una concesión de agua para irrigar, dice el autor,<sup>703</sup> y se satisfacen los extremos impuestos por el derecho vigente, la Administración debe otorgarla, porque su conducta está vinculada por la norma imperativa.

Lo contrario es el acto discrecional. Aquí la Administración obra con libertad en algún extremo. Lo que la ley prevé es la finalidad a cumplir, es una predeterminación genérica. La Administración procede a valorar los hechos o situaciones para resolver si la finalidad se cumple con ellos, concediendo o negando en consecuencia.

Lo que efectúa la Administración es un juicio de oportunidad, seleccionando criterios y fórmulas, como cuando la ley autoriza al Ejecutivo para condonar impuestos, para fomentar con exenciones a cierto tipo de industrias. En estas condiciones, la autoridad no obra conforme a criterios legislativos sino por datos revelados por la técnica o la política, considerando el mérito, la oportunidad y la conveniencia del acto.

Conveniencia y oportunidad no significan determinación de lo indeterminado. Forsthoff<sup>704</sup> menciona una larga lista de palabras empleadas en las leyes como bien común, utilidad pública, orden público, seguridad pública, facilidad de tránsito, peligro, peligrosidad, utilidad, provecho, perjuicio, daños, adecuación, visibilidad, al comenzar el día, por la noche, a menudo, frecuentemente, periódicamente, etcétera. Estos conceptos indeterminados están limitados,<sup>705</sup> y dentro de sus márgenes hay posibilidad de elección, pero ella conduce a la inteligencia de la idea expresada o perseguida por el legislador. Si se prohíbe vender por la noche, la autoridad debe dar a estas palabras un significado relativo,

<sup>702</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 410.

<sup>703</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 412.

<sup>704</sup> *Op. cit.*, pp. 123 y ss.

<sup>705</sup> Porque de otra manera no serían conceptos, agrega Forsthoff, p. 123.

proporcionado al caso. De ahí que Forsthoff concluya<sup>706</sup> que la determinación de conceptos puramente empíricos no es ejercicio de la potestad discrecional sino interpretación.<sup>707</sup>

En cambio, cuando se trata de conceptos de valor, opina el autor, aunque éstos no son problemáticos,<sup>708</sup> ni conexos,<sup>709</sup> cuando entran en contacto con la experiencia pueden chocar.<sup>710</sup>

La discrecionalidad está, entonces, en la elección de comportamiento en el marco de una realización de valores. El orden jurídico da validez al medio considerado como adecuado para la realización del valor de que se trate, de manera que la autoridad actúa de acuerdo a cánones y criterios de diversa naturaleza, pero no legislativos. Ello no impide ni excluye el que la Administración deba obrar respetando la finalidad de la norma y los respectivos valores morales como en el ejercicio reglado de sus funciones.

Vista la circunstancia de que la Administración actúa siempre para ubicar y realizar en la vida social las condiciones impuestas por la norma jurídica, su actividad no es ciega ni automática. De ello se sigue que el principio que le rige es el de la discrecionalidad y, por excepción, obra en forma reglada cuando el texto legal así lo precisa.

La Administración ha de satisfacer el interés público respetando los fines esenciales de la norma y las reglas de moral, de modo que el acto discrecional no puede violar estos criterios. La oportunidad, la prudencia, la rapidez o la energía aconsejada como más conveniente según el conocimiento de personas, tiempos, lugares y demás circunstancias, es lo que implica la potestad discrecional. Su fuente está, desde luego, en el principio general anotado, y después en la disposición positiva legal.<sup>711</sup>

Para reconocer dónde existe potestad discrecional, es menester recurrir a la inteligencia de la norma, comenzando por establecer el grado de vinculación que existe entre la actividad y el orden jurídico.<sup>712</sup> En seguida, debe procederse a observar si la emisión del acto está preferen-

<sup>706</sup> *Op. cit.*, p. 126.

<sup>707</sup> *Rectius*: inteligencia del concepto, para dar al vocablo interpretación al contenido de la sentencia: *inter press*, de entre dos pretensiones tomar una.

<sup>708</sup> No ofrecen problema de elección, y así no cabe elegir entre orden y caos, seguridad y peligro.

<sup>709</sup> No tienen entre sí relación de exclusión.

<sup>710</sup> Necesidad de preferir uno a otro en ciertas condiciones.

<sup>711</sup> No constitucional porque ésta determina lo privativo o competencial, no lo discrecional.

<sup>712</sup> La presunción, dice Marienhoff, t. II, p. 417, está en favor de la discrecionalidad como regla.

temente subordinada a la apreciación subjetiva de los hechos o circunstancias por el órgano.

En lo que toca a las formas, no hay una determinación que permita facilitar el control a menos que la ley las imponga, supuesto en el que tanto ellas, como el procedimiento prescrito, no impiden que se trate de actividad discrecional.

En el ámbito de las restricciones a la libertad pública, en cambio, la regla es contraria, y se requiere ley expresa que sirva de fundamento. Todo ello respecto a la facultad para emitir el acto, pero en cuanto a sus elementos han de revisarse las circunstancias para determinar el contenido del acto. Y, finalmente, no puede hablarse de discrecionalidad frente a los objetivos legales.

Justificado el acto discrecional por la imposibilidad de automatizar la función administrativa que perjudicaría los intereses públicos, ya que la oportunidad del acto no es algo que pueda precisarse de antemano, en forma general o *a priori*; resulta que esta expresión de iniciativa en lo administrativo no lleva a la tajante división de actos reglados y discretionales absolutos, sino que en ellos suele prevalecer un carácter sobre el otro.

Para identificar el aspecto en que el acto está vinculado o es discrecional, Marienhoff,<sup>713</sup> procede a distinguir los momentos y contenidos del acto.

Mientras para toda clase de actos jurídicos, lo discrecional alude lo mismo a su emisión<sup>714</sup> como a los elementos, en lo administrativo primordialmente atañe a la voluntad,<sup>715</sup> pero ella no es elemento sino supuesto *sine qua non* de su existencia.<sup>716</sup> La voluntad no pasa de ser el mecanismo que pone en movimiento la causa para lograr el efecto; el acto administrativo es naturalmente voluntario, no se concibe su existencia sin la expresión de voluntad: declaración, disposición o decisión. Pero el acto, lo emitido, no se constituye con la voluntad, no es ésta un elemento de aquél y no se confunde ni con la finalidad,<sup>717</sup> ni con la forma,<sup>718</sup> ni con la causa, el contenido y el objeto. El acto viene después de la declaración de voluntad expresada en la forma adecuada por las reglas que determinan su legalidad y vinculándose a los elementos que

<sup>713</sup> T. II, p. 422.

<sup>714</sup> Voluntad para ello.

<sup>715</sup> Puede no emitirse.

<sup>716</sup> Los elementos son: sujeto, causa, objeto, forma, finalidad, y moralidad, *op. cit.*, t. II, p. 278.

<sup>717</sup> Que la incluye.

<sup>718</sup> En que se expresa.

estructuran y condicionan esa voluntad para hacerla idónea a la eficacia jurídica.

Así pues, siendo discrecional el aspecto de la emisión, como no atañe al acto en sí, no sirve para calificarlo. Para hacerlo es indispensable el resultado: el acto, cuyo contenido u objeto será discrecional según las circunstancias del caso.

A veces, dice Marienhoff,<sup>719</sup> el contenido puede quedar dentro de la potestad discrecional y otras estar fuera. Sin perjuicio del principio de que la Administración no puede hacer sino lo que le permite el orden jurídico, en unos supuestos, su competencia llega a la valoración de los hechos que sirvan de base para la emisión del acto: la apreciación será meramente subjetiva; en otras ocasiones, el órgano tiene margen para tomar decisiones más o menos amplias, para afirmar o negar respecto a un objeto predeterminado.

En el primer extremo, la Administración tiene discrecionalidad en lo tocante al contenido, y todo depende de su apreciación subjetiva. En el segundo no hay propiamente discrecionalidad, porque dicha apreciación será solamente el medio para aplicar la norma.

En este punto parece haber llegado la doctrina a la médula del problema. Si en el acto reglado no puede hablarse de discrecionalidad ni en la emisión, porque no toca a la Administración decidir si ha de expresar o no su voluntad; en el acto discrecional, la potestad comienza desde este aspecto. Pero a los efectos del control, tal discrecionalidad es intrascendente, porque si la autoridad emite el acto, lo eficaz será su contenido y no su condición *sine qua non* de haber sido emitido (voluntad).

Ahora bien, cabe que la Administración no emita el acto, este caso tampoco es determinante, porque si lo discrecional está en la valoración de los hechos, no existiendo valoración alguna no puede haber control. Se exigirá que la Administración responda a la solicitud de licencia, pero ello obedece a que es acto reglado. En cambio no se le puede demandar que emita declaración de que una sociedad de responsabilidad limitada es de interés público, porque las circunstancias que aprecia están sometidas a su estimación subjetiva.

Ya expresado el acto, lo discrecional radica en el contenido. Pero aun aquí, acontece que si el órgano sólo tiene margen para una decisión afirmativa o negativa con respecto a un objeto predeterminado, su apreciación servirá apenas como medio o supuesto de aplicación de la norma y como índice de discrecionalidad. En consecuencia, solamente si el contenido se libra a la discrecionalidad de la Administración se puede

<sup>719</sup> T. II, *op. cit.*, p. 423.

hablar de ejercicio de esta potestad. Por tanto, el acto discrecional, a diferencia del reglado, puede ser emitido o no; de ahí que el carácter discrecional se refiera a la emisión y eventualmente al contenido, tendiendo siempre a la satisfacción del interés público.

Expresa la doctrina que el poder discrecional no implica ausencia de legalidad.<sup>720</sup> Por ende, la oportunidad y la conveniencia que aprecia la Administración, tienen un control inmediato por ella misma, a través de las instancias que pueden utilizar los administrados, como son los recursos gubernativos, en particular el jerárquico.

Pero en lo que atañe al control jurisdiccional, la jurisprudencia venezolana ha establecido que en cuanto al mérito o fondo, la facultad no puede ser revisada ni anulada por otro órgano, habiéndose declarado incompetente para tal objeto.

Es, pues, respecto a su legalidad que los actos discrecionales, como los reglados, se encuentran sometidos al control jurisdiccional. A su lado, la discrecionalidad está limitada por otro control jurisdiccional, el que atañe a sus fines. El acto administrativo no puede traspasar los lindes de la verdad y la equidad. La discrecionalidad, se ha venido insistiendo en la doctrina y en la jurisprudencia, no implica arbitrariedad ni injusticia, la Administración no debe obrar sólo por su elección, sino considerando los fines.

La violación de éstos conduce a un exceso de la competencia y el control opera revisando la correspondencia entre los motivos, el fin perseguido y los medios utilizados.

El nacimiento del recurso por exceso de poder nació en Francia para la impugnación de los actos viciados de ilegalidad, llamándosele recurso de anulación, el cual, en la terminología iberoamericana, recibe la denominación de recurso de exceso de poder, algunas veces asimilado al abuso de poder y hasta confundido con el desvío de poder.<sup>721</sup>

En sentencia de 9 de agosto de 1957, la antigua Corte Federal venezolana señaló que el acto dictado por órgano competente, cumpliendo los preceptos de la ley positiva, dentro de su apariencia de legalidad podía adolecer de otros vicios como el exceso o abuso de poder, por el cual se está observando la transgresión de las normas constitucionales o legales vigentes. La característica que estableció la jurisprudencia<sup>722</sup> fue la de que en la aplicación de la ley, se tergiversan los supuestos de hecho que autorizan la función del órgano.

<sup>720</sup> Brewer Carías, p. 55.

<sup>721</sup> Brewer Carías, p. 66.

<sup>722</sup> Brewer Carías, *op. cit.*, p. 67, notas 121 a 123.

Insistió la Corte venezolana en que no debía confundirse el abuso de poder con la desviación de poder, porque el primero consiste en hacer uso indebido de poder, independientemente del fin logrado, ya sea porque se tergiverse la verdad desnudándose los hechos o bien por otra causa. El abuso de poder, en cambio, se encuentra en las hipótesis en que la Administración, sin violar un precepto, realiza un acto en el que altera la verdad que sirve de supuesto.

El vicio de abuso o exceso de poder es, pues, para Brewer Carías,<sup>723</sup> el que acompaña al acto administrativo cuando el agente que lo cumplió hizo uso indebido del poder que le fue atribuido para su actuación por la ley. En este sentido, el más característico es el que acompaña a los actos administrativos cuando el funcionario que los dictó, modificó los supuestos de hecho alterando la verdad de los considerados en el acto administrativo; su causa.

g) Bastaría lo anterior para dejar establecida la contrapartida a los límites del control del acto administrativo, si no fuera porque las exposiciones doctrinarias y las interpretaciones jurisprudenciales, han conducido a nuevas confusiones entre desvío de poder y figuras paralelas.

El problema se ha desarrollado conforme al siguiente esquema: el acto administrativo es susceptible de producir un conflicto cuando una conducta de la autoridad produce un acto o una omisión que son materia de impugnación, en tanto que atentan contra el derecho o el interés del particular.<sup>724</sup>

El conflicto origina el contencioso administrativo de la típica competencia de un tribunal especial.<sup>725</sup>

Pero hay actos que no están sujetos al control, y son los llamados discrecionales, que son los emitidos sobre un contenido cuya conveniencia u oportunidad, se libra al criterio subjetivo de la Administración.

Aparentemente, estos actos quedan excluidos del contencioso; pero tanto en Francia como en los países iberoamericanos, se ha desenvuelto una jurisprudencia y una doctrina que justifican el control, cuando el acto no satisface los motivos o los fines del orden jurídico.

Consecuencia final: tanto los actos reglados, como los discrecionales son objeto del control realizado en el contencioso administrativo, por más que los últimos sólo lo sean cuando desvirtúan el fin legal o invocan el motivo.

<sup>723</sup> *Op. cit.*, p. 68.

<sup>724</sup> A veces de otro ente público.

<sup>725</sup> O bien de la competencia especial de un tribunal, según los sistemas.

A este fenómeno se le llamó en Francia el recurso y en Iberoamérica el vicio de desviación de poder.

Desde aquí es que ahora surgen nuevas cuestiones terminológicas. En Francia el nombre más divulgado fue el de exceso de poder: discordancia entre el ideal moral, el principio y la actuación.<sup>726</sup> Las causas generales del exceso de poder son para esta doctrina: la incompetencia, el desvío de poder, el vicio de forma y la violación de la ley.<sup>727</sup>

Entra, pues, en escena un nuevo término: *détournement de pouvoir*, que no se encontraba ni en el *Dictionnaire de l'Académie*, ni en el lenguaje jurídico con un sentido concreto sino vago y complejo. *Détournement* en lo penal significaba sustracción fraudulenta, lo cual era inaplicable a lo administrativo. Hubo necesidad de atribuirle un sentido especial: elusión del destino, tomar otra dirección en lugar de la pertinente. *Détournement de pouvoir* vino a ser la actividad de eludir un fin que debiera atender una potestad jurídica. Fin derivado de un texto preciso, del pensamiento del legislador o de la naturaleza de la institución. Al crearse una función administrativa se le determina su finalidad general, la cual debe alcanzarse a través de las múltiples ocupaciones cotidianas del órgano. Actuar contra la intención del legislador, o solamente fuera de ella es traicionar su mandato. Ahí donde una autoridad, actuando dentro de su competencia, llega a un resultado contrario al prescrito por la ley, desvía su función o su poder legal, y el acto queda viciado por nulidad del motivo, impugnándosele a través del recurso de exceso de poder ante el Consejo de Estado.

Si el prefecto de policía, pretextando un desorden hace uso de su discrecionalidad para el beneficio exclusivo y privilegiado de ciertos intereses privados, sean sociales o particulares, comete un *détournement de pouvoir*. Se puede calificar de desvío de poder la concesión exclusiva de las aguas de una fuente pública, hecha a un ciudadano para obtener un rendimiento más elevado. En resumen, el desvío de poder tiene lugar cada vez que un agente administrativo confiere un privilegio a un ciudadano o a una categoría de ciudadanos, en interés propio y no en vista del bien público.<sup>728</sup>

Se advierte, entonces, que en su origen, el desvío de poder fue una causa del recurso de exceso de poder que, en términos generales, significaba inadecuación entre el fin y el resultado.

Pero esta terminología ha sufrido una especie de depuración en la

<sup>726</sup> Jules Fourdinier, *L'excès de pouvoir en matière administrative*, Paris, 1903, p. 86.

<sup>727</sup> *Id.*, p. 87.

<sup>728</sup> *Id.*, pp. 99-103.

doctrina italiana. Zanobini<sup>729</sup> comienza por señalar que la expresión exceso de poder ha tenido históricamente varios significados. En primer lugar indica incompetencia absoluta cuando una autoridad actúa en el campo de otro órgano estatal. Durante la Revolución Francesa se prohibió al judicial interferir de cualquier manera en la actividad del gobierno, declarando todo acto contrario a este principio como una ingerencia ilegal del juez y, por ende, como una usurpación o exceso de poder. El mismo sentido se le dio en la Ley Italiana de 31 de marzo de 1877.

En el derecho francés la fórmula fue conservada aunque comprendió también los vicios del acto administrativo, ya fuera por invasión de otras funciones, como por el uso del poder propio para un fin diverso del que se le había conferido, es decir, para el desvío de poder.

Este criterio fue acogido por el Consejo de Estado italiano, pero hoy la doctrina define al exceso de poder administrativo como un vicio de la voluntad, comprensivo de la desfiguración de los hechos, el error de hecho, la manifiesta ilogicidad o injusticia.

El desvío de poder<sup>730</sup> abarca todos aquellos casos en los que la autoridad usa de un poder propio para fines diversos de aquellos por los que se le ha conferido legalmente el poder. No es necesario que el fin que se propone sea diverso del interés público, por cuanto se trata de un fin diverso al que debe proveer, como el caso de la expropiación cuando la obra no responda a ninguna utilidad pública, o cuando la utilidad pública sea diversa de la que justificó la emisión del decreto.

Es en este momento doctrinario que Carnelutti<sup>731</sup> expone su tesis vinculando el exceso de poder con el proveimiento indirecto. Con ello, el carácter se considera a manera de vicio del acto, porque puede suceder que el proveimiento se realice para llevar a cabo un móvil al que la ley consienta realizar, pero a través de una forma distinta de la correspondiente al poder de que está investido el agente. Éste es el fenómeno del exceso de poder que ejemplifica con la ordenanza de un gobernador que consiente a dos cónyuges vivir separados. El desequilibrio entre la forma y el móvil proviene de que el efecto jurídico ligado a su forma no está predisposto por la ley en razón de dicho móvil. Por tanto, el gobernador ha rebasado los límites de su poder, interviniendo en la tutela de un interés cuya decisión está confiada al juez.

<sup>729</sup> *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 1948, volume secondo, *La Giustizia Amministrativa*, pp. 141 y ss.

<sup>730</sup> *Sviamento di potere*.

<sup>731</sup> *Sistema, op. cit.*, t. III, pp. 481 y ss.

La noción de exceso de poder se asienta sobre la diferencia entre el vicio formal y el vicio causal del proveimiento. Cuando el oficio no da a su proveimiento una forma que por el modo o por el contenido sea distinta de la que quiere la ley, sino que se sirve de él para realizar un móvil distinto de aquel en vista del cual la ley consiente actuar, entonces comete exceso de poder. Se trata de un vicio oculto que por lo general debe ser diagnosticado por inducción. Existe exceso de poder cuando el análisis de la forma del proveimiento revele que el oficio ha realizado un móvil típico de otro órgano. Si la ley no consiente que un acto dirigido a satisfacer determinado interés se forme sino por un agente distinto de aquel que lo ha realizado, el exceso de poder se traduce en defecto de competencia: exceso de poder e incompetencia son el anverso y el reverso de la medalla.

El exceso de poder no es la carencia absoluta de potestad. Para que el primero exista es menester la pertenencia del poder y su empleo más allá de los límites consentidos: el contraste entre la posición del agente y la causa, no entre su posición y la forma. Pero si se trata de la realización de un móvil que, más que típico de otra potestad, es inadmisibles para ninguna, se estará frente al abuso, que se presenta cuando el proveimiento se realiza para la actuación de un interés propio del agente.

Con estas explicaciones se puede ya alcanzar una cuantificación más precisa de los conceptos y más llana. El exceso de poder debe emplearse para aludir a la incompetencia. El abuso para el aprovechamiento impropio de la potestad. Y el desvío para la inadecuación entre los motivos o los fines y el resultado del acto.

Los casos son distintos y pueden dar lugar a vías diferentes de control. Mientras el abuso del poder es una infracción al deber funcional que conduce a la sanción disciplinaria o penal, el exceso es una extralimitación que puede llevar a la nulidad absoluta.<sup>732</sup> Por su parte, el desvío es objeto típico del control del contencioso administrativo por inmoralidad en el actuar del funcionario, sea que los motivos no correspondan a los estipulados por la ley, o bien que los fines legales no se cumplan aunque se satisfagan otros fines de interés público.

Hay desvío, no exceso ni abuso, cuando la autoridad ordena la inspección de la contabilidad del comerciante para fines fiscales, pero con el propósito de inferirle molestias innecesarias.<sup>733</sup> Es este desvío el

<sup>732</sup> El juez que expide una licencia en lugar de ordenar a la Administración que lo haga.

<sup>733</sup> Reiteración de la orden de efectuar la inspección cada tres o seis meses, sin importar el resultado de la primera visita que debió exhibir los posibles errores o evasiones.

que mejor controla el contencioso y que difícilmente se alcanza por otras vías, como la del amparo mexicano, más adecuado al exceso de poder.

b) Un sexto límite al contencioso administrativo lo constituyen las llamadas vías de hecho. Inicialmente se tendería a ver en ellas las realizaciones materiales, como la construcción de obras, la prestación directa de servicios, los estudios de proyectos o actividades similares.

Pero en la jurisprudencia y en la doctrina iberoamericanas se entienden fenómenos diversos. Gielsa<sup>734</sup> explica que hay actos cuyo juzgamiento es siempre competencia judicial, aunque los autores sean agentes administrativos y los hayan realizado en calidad de tales, pues no son ni actos ni hechos administrativos en el sentido de que puedan ser reclamables ante la Administración, sino que están fuera de su órbita y sólo son imputables a las personas que los realizan, porque éstas se colocan fuera de su función. Tales actos se denominan vías de hecho, en cuanto no hay relación de causalidad entre el acto y la actividad administrativa.

Así pues, no se trata de que la extralimitación carezca de sanción, sino de que es aplicable la vía judicial común como el interdicto posesorio, o la instancia especial de protección de la libertad como el *habeas corpus*. El fondo del problema es que no se trata de una responsabilidad de la Administración sino del agente, la cual puede ser demandada civil o penalmente según los casos.

El tema se ha llevado hasta el concepto de inexistencia que, originalmente se estima inaceptable en el ámbito administrativo. No hay inexistencia sino vía de hecho o grosera, manifiesta, flagrante y grave violación de la legalidad, dice Marienhoff.<sup>735</sup> La explicación se encuentra en la circunstancia de que es imposible conectar o vincular el acto con el texto vigente.

De otra parte dice al autor,<sup>736</sup> debe distinguirse entre hecho jurídico y vía de hecho, el primero es lícito en principio, las vías de hecho son ilícitas y forman el capítulo anormal dentro de la teoría de los hechos jurídicos.

La vía de hecho requiere —agrega—,<sup>737</sup> la intervención *sine qua non* de un funcionario o de un empleado públicos y no de un mero particular; una actividad material que se opone a la vía de derecho; una violación de la legalidad apreciable y por ello se habla de flagrancia, manifiesta o grosera violación.

<sup>734</sup> *Sobre lo contencioso administrativo*, Bs. As. 1954, pp. 68 y ss.

<sup>735</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 494.

<sup>736</sup> T. II, p. 212.

<sup>737</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 213.

Es por ello que Marienhoff define la vía de hecho administrativa como la violación del principio de legalidad, por el acto material de un funcionario o empleado de la Administración Pública.<sup>738</sup>

Como actividades carentes de naturaleza administrativa, escapan a los principios reguladores de estos actos y al control jurisdiccional respectivo. Se distinguen del exceso de poder en cuanto éste significa violación a la legalidad por acto concreto de índole administrativa. Y se distinguen del abuso de poder que representa la violación del principio de legalidad en cuanto revela una actividad antifuncional.

Como ejemplos cita los siguientes: una actuación basada en una grosera incompetencia; los atentados graves a la libertad de prensa, como la suspensión arbitraria de un periódico; una *injunctio*<sup>739</sup> manifiestamente ilegal y contrario a la libertad de comercio; la demolición de inmuebles realizada arbitrariamente y sin derecho, sin haber observado las reglas del debido proceso; y la privación de libertad de una persona, realizada sin juicio y por autoridad incompetente para efectuarla.

Se comprenden así, las razones por las que se sostiene que el órgano competente para determinar: si se trata de una vía de hecho, para resolver sobre la cuestión, y hasta para pronunciarse acerca de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la vía de hecho, corresponda al juez o tribunal comunes.<sup>740</sup>

Es interesante observar que en el criterio de Marienhoff, el Estado sí es responsable por las consecuencias de las vías de hecho, en cuanto le proporciona a la autoridad los medios para cometerlas, que consisten en una presunción de competencia, una apariencia de potestad.<sup>741</sup> De ahí que se oponga a la teoría de la inexistencia del acto administrativo, de origen francés,<sup>742</sup> y si no cabe hablar de acto nulo, basta referirse a la vía de hecho.<sup>742-Bis</sup>

Esta posición de Marienhoff no es seguida por todos los autores ni está de acuerdo con las jurisprudencias de países como Colombia y Panamá. El Consejo de Estado colombiano se ha referido a las vías de hecho denominándolas actos inexistentes e irrecurribles ante él.

El caso se produjo por un acto de un Consejo Departamental o Consejo de Gobierno Departamental que no era por sí una entidad o un organismo administrativo del Departamento de Antioquia y que estaba

<sup>738</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 213.

<sup>739</sup> Mandato prohibitivo.

<sup>740</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 215.

<sup>741</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 216.

<sup>742</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 494.

<sup>742 bis</sup> *Op. cit.*, p. 495.

en la imposibilidad legal de producir verdaderos actos administrativos y, sin embargo, privó del *status* de agente inválido del cuerpo de inválidos en el grupo de Policía de Plaza al recurrente.

El Consejo invocó la doctrina de Eustorgio Sarría,<sup>743</sup> quien siguiendo la doctrina francesa, comienza por establecer que la vía de hecho se configura por la usurpación, exceso o desviación de poder. Existe vía de hecho, sintetiza,<sup>744</sup> cuando un agente público, sin competencia para ello, actúa, toma una medida, o cuando teniendo competencia, obra irregularmente o se aparte del motivo o fin previsto. La falta de competencia o de manifestación de voluntad en el agente público, causa la inexistencia del acto: se tendrá por no sucedido e ineficaz para producir cierto efecto jurídico. Esta inexistencia puede alegarse por vía de acción o de excepción en cualquier tiempo, porque la falta no podrá ser convalidada ni desaparecerá por ratificación o prescripción. Si concurren los elementos esenciales de manifestación de voluntad y potestad legal, pero aquélla ha sido mal expresada o ésta mal ejercida, el acto jurídico es irregular y la nulidad puede alegarse por vía de acción o de excepción en cualquier tiempo; la falta no podrá ser convalidada, ni desaparecerá con la ratificación o la prescripción.

En el mismo fallo se cita el criterio de Gabino Fraga,<sup>745</sup> para quien la inexistencia constituye una sanción especial que no requiere estar consagrada en la ley, sino tiene que operar como una necesidad lógica en aquellos casos en que faltan al acto sus elementos esenciales. Al efecto, cita los supuestos del gobierno usurpador para afirmar que en el derecho público mexicano, la invalidez de los actos no necesita de texto expreso de la ley, y que la teoría de los efectos del amparo está fundada sobre esta base.<sup>746</sup>

En apoyo de su tesis, invoca el considerando cuarto del Decreto sobre Revalidación de Actuaciones Judiciales y Notariales, de 11 de julio de 1916, donde se expresó que si la investidura de un funcionario arranca de una usurpación, es claro que no debe tomarse como tal y que sus actos carecen de legalidad.

Bien se aprecia que entre la idea de Fraga y la de Sarría, aun cuando ambos se apoyan en la doctrina francesa, se levantan divergencias inzanjables. Para el primero la inexistencia opera de pleno derecho, para el segundo debe aunarse a la declaración judicial. Pero no obstante

<sup>743</sup> *Derecho administrativo*, Bogotá, 1957, pp. 39 y ss.

<sup>744</sup> *Op. cit.*, p. 41.

<sup>745</sup> *Derecho administrativo*, México 1944, pp. 277 y ss.

<sup>746</sup> *Op. cit.*, p. 285.

ello, el Consejo Colombiano les invocó por igual, así como a diversos autores franceses, para concluir que las opiniones de los tratadistas coincidían con la materialidad y el espíritu del caso examinado en su fallo, para sostener que el recurrente no había perdido su *status*, y como la jurisdicción contencioso administrativa atañe a los actos administrativos, como para la época en que se dictó el acto reclamado el Consejo Departamental de Antioquia no era autoridad sus determinaciones no alcanzaron la categoría de actos administrativos sino de actos inexistentes, y no pudieron producir efectos jurídicos ni ser acusados ante esa jurisdicción.<sup>747</sup>

Desde la tesis de Marienhoff, pasando por la más reciente legislación del contencioso administrativo, o sea la de Costa Rica, hasta llegar a la doctrina chilena, se advierte un movimiento de expulsión que comienza por la falsa analogía entre actos inexistentes y vías de hecho, para llegar al punto de sostener que también éstas son susceptibles de control jurisdiccional.

En efecto, aunque la ley costarricense no alude específicamente a las vías de hecho, en el dictamen 671 de la Asamblea Legislativa,<sup>748</sup> se establece que del análisis detallado del proyecto, se inferían las siguientes particularidades.

La unificación de las vías civil, de Hacienda y contencioso administrativo, atribuyéndolas a la jurisdicción especial de la última, por ser todos conflictos en que figura como parte el Estado, sin que interese si ha actuado como poder o en uso de su habilidad de derecho privado.

Se excluyen de la jurisdicción contencioso administrativa únicamente los actos de relación entre los Poderes del Estado, porque revisten el carácter de actos constitucionales, y también los actos originados en las relaciones internacionales de la República, en virtud de que no derivan propiamente de la administración.

Por su parte, los autores chilenos, Enrique Jirón Vargas, Sergio Mery Bravo y Alejandro Saric Paredes,<sup>749</sup> al señalar las medidas teóricas sobre las cuales debe establecerse en Chile un sistema de justicia administrativa, recomiendan que la materia contencioso administrativa comprenda todas las manifestaciones de la función, es decir, los actos y hechos administrativos como las simples operaciones materiales, siempre que se lesionen derechos o intereses legítimos de los particulares, eliminando con ello todas las disquisiciones de antaño sobre si sólo deben tutelarse los dere-

<sup>747</sup> Morgan, *op. cit.*, pp. 99 a 104.

<sup>748</sup> *Revista del Colegio de Abogados, op. cit.*, p. 318.

<sup>749</sup> *Lo contencioso administrativo*, Santiago de Chile, 1959, pp. 230 y ss.

chos de los particulares, si los actos impugnables deben ser los que resultan de la actividad en la Administración en su carácter público, o actos de autoridad enfrentados a los actos de gestión; de si los actos administrativos deben derivar de las facultades regladas para ser revisables y no así los discrecionales.

La ampliación, por ende, va más lejos, hasta comprender otras materias, como las cuestiones de carácter patrimonial que se deriven de la comisión de delitos perpetrados por funcionarios públicos en su carácter de tales; <sup>750</sup> los actos de gobierno que en la actualidad tienden a desaparecer en los Estados modernos; <sup>751</sup> en resumen, todos los conflictos en que la Administración sea parte, sin distinguir el contenido de su actividad o la forma de su actuar. <sup>752</sup>

Queda observado que así como en la legislación panameña no se menciona el tema, <sup>753</sup> y otro tanto sucede con la costarricense, en la doctrina chilena ya queda inmerso en las ideas de reforma. No es que se precise literalmente el problema de la usurpación o vías de hecho, pero ya se indica la responsabilidad por el actuar anormal, incluida la penal que tradicionalmente ha sido remitida al conocimiento y decisión de los tribunales comunes; y se establece que el actuar de los funcionarios o empleados debe ser de la responsabilidad del Estado. Por último, se hace la específica determinación de la Administración Pública, para significar que no se tiene en mente un problema de personalidad, ni es trascendental hablar de las situaciones en que el Estado es parte, distintas a aquellas en que lo es la dicha Administración.

Con esto, el camino para el análisis más a fondo se ha despejado, y puede averiguarse si las vías de hecho son lo mismo que el acto inexistente, y si son actos controlables en la competencia del contencioso administrativo.

La teoría de la inexistencia ha caído en descrédito en la misma Francia; <sup>754</sup> de modo que bien puede decirse que ni en el campo civil se puede sostener que vía de hecho y acto inexistente sean los mismo. Pero a ello debe añadirse que las vías de hecho son demandables ante alguna autoridad, sea judicial o administrativa. Por ende, lo que falta es determinar si son materia del contencioso administrativo.

<sup>750</sup> Responsabilidad penal.

<sup>751</sup> Los constituyentes chilenos de 1925 tuvieron en mente la cuestión, al señalar en el artículo 87, que se podía reclamar de los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas.

<sup>752</sup> *Op. cit.*, p. 233.

<sup>753</sup> A pesar de su manifiesta derivación de la colombiana, cfr. Morgan p. 97.

<sup>754</sup> Cfr. Georges Lutzesco, *Teoría y práctica de las nulidades*. Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, México 1945.

El problema no tendría sentido si no aconteciera que la vía de hecho produce resultados jurídicos. Ninguna importancia puede darse a una orden manifestamente incompetente, como sería la modificación del *status* por un agente policiaco que decretara un divorcio; la grosera violación no llegaría a eso, pues para que haya violación deben presentarse efectos visibles.

El caso, entonces, consiste en que un sujeto que no es autoridad o una autoridad claramente incompetente, realizan sin embargo actos que trascienden, porque tienen inmediata ejecutoriedad o una presunción de legalidad, al menos para ciertas personas y en ciertos casos.

Es entonces cuando se entra en las hipótesis de las autoridades de hecho. Pese a lo aseverado por Gabino Fraga, la jurisprudencia mexicana ha tenido frente a este problema diversas actitudes que Ignacio Burgoa resume.<sup>755</sup>

Alrededor de 1874, expone, se conoció por la Suprema Corte un amparo promovido por hacendados de Morelos, contra una ley fiscal expedida por la Legislatura sin haber estado legítimamente integrada, y promulgada por un gobernador reelegido a pesar de la prohibición constitucional. Las consideraciones del juriconsulto patrocinador, Isidro Montiel y Duarte, fueron acogidas por el presidente de la Corte José María Iglesias, estudiando el concepto de autoridad competente que empleaba el artículo 16 de la Constitución de 1857, señalando que la legitimidad de la elección de una autoridad o funcionario envuelve forzosamente su competencia o incompetencia para el conocimiento de un negocio y para su decisión, porque nunca pueden ser competentes si les falta la legitimidad.

Esta tesis, continúa diciendo Burgoa, prevaleció hasta que fue rebatida por Ignacio L. Vallarta, quien distinguió entre la legitimidad llamada competencia de origen y la competencia propiamente dicha. Aseguró Vallarta que para entender el artículo 16 constitucional en el sentido de que comprendía la competencia y la legitimidad, fue preciso inventar una frase que no tiene sentido jurídico y que no era conocida por el foro, sino hasta que se trataron los amparos como el de Morelos.

La idea de Vallarta de que el artículo 16 habla de autoridad competente y no de autoridad legítima, ha sido continuada por la Corte, quien ha establecido que la competencia constitucional es la que se refiere a la órbita de las atribuciones de los diversos poderes y la que está protegida por medio de las garantías individuales. En cuanto a la

<sup>755</sup> *El juicio de amparo*, México 1950, pp. 912 y ss.

incompetencia de origen, ha expresado que la Corte no debe intervenir para resolver cuestiones políticas que incumben a otros poderes.

Si ahora se retoman los conceptos ya analizados de desvío, exceso y abuso de poder, se advertirá que para la jurisprudencia mexicana ha lugar al amparo por ilegalidad del acto en el primer caso (desvío), por incompetencia constitucional en el segundo (exceso de poder), y nuevamente por ilegalidad en el tercero (abuso de poder).

No es admisible la demanda contra las vías de hecho, porque o no se trata de autoridad (autoridad de hecho) o se discute su legitimidad que es tema político, según la Corte.

En este problema se confirma lo acertado de la crítica de la doctrina chilena representada por Jirón Vargas, Mery Bravo y Saric Paredes,<sup>756</sup> al sostener que el Poder Judicial carece de la idoneidad necesaria para conocer de las causas administrativas, y además, que su mecanismo tradicional resulta anticuado para satisfacer las necesidades de lo contencioso administrativo.

De llegarse al plano que buscan estos autores, en el que la responsabilidad penal es igualmente materia del Tribunal Administrativo, se podría precisar sin dificultades la competencia del mismo para conocer de las mal llamadas vías de hecho.

En efecto, si el desvío de poder es un freno a la discrecionalidad en aplicación del control a los motivos y fines del acto, el exceso de poder otro control a la incompetencia,<sup>757</sup> y el abuso un control más para las exageraciones producidas cuando el poder se utiliza para fines personales; entonces queda sólo la usurpación de funciones que lleva a una infracción penal, también susceptible de ser conocida por el Tribunal Administrativo, por su íntima conexión con el contencioso de su atribución.

Parecería que lo que por una parte se intenta desglosar de la competencia judicial común, por otra se lleva a la unificación indebida; pero si lo penal administrativo no se asimila con el contencioso administrativo, entonces se producen esas divisiones de la causa que originan conflictos interjurisdiccionales.

La sociedad requiere, tanto de una defensa contra el desvío, como contra el exceso, el abuso y la usurpación. En ciertos momentos es casi imposible separar las cuestiones, pero siempre es necesario destruir los

<sup>756</sup> *Op. cit.*, p. 236.

<sup>757</sup> Sin necesidad de efectuar esa forzada división de incompetencia constitucional, de origen y jurisdiccional, tomando esta última palabra con el significado equívoco e inadecuado de competencia concreta.

efectos perjudiciales. El gobernado puede verse desamparado, ser colocado en la franca denegación de justicia, por el retardo, tanto como por la complicación de los trámites; y ello sin contar con que atacando un abuso de poder o una usurpación de funciones, lo más seguro es que caerá en la esfera de potestad de la autoridad acusada o demandada.

Las vías de hecho son una manifestación indeterminable de actos indebidos. Así como la jurisprudencia y la doctrina de los países iberoamericanos, ha ido caminando evolutivamente, de manera que ya se puede decir que varias legislaciones, como la panameña, la chilena<sup>758</sup> y la costarricense, han superado la dificultad de las anacrónicas concepciones de los actos políticos y de gobierno, de la misma manera cabe señalar que resulta factible que en lo futuro se sometan al mismo contencioso los abusos de poder y las usurpaciones de función que reciben el nombre de vías de hecho. Definitivamente, no se trata de actos inexistentes en ningún sentido; y su control es indispensable porque, ahora sí, de hecho están produciendo perjuicios actuales del tipo que tomaban en cuenta los viejos interdictos; no en balde se habla de ellos para la posesión y el *habeas corpus*, medidas que deben implantarse en lo administrativo.

<sup>758</sup> En su Constitución.