

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

© 2009 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

**FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, A.C.
OFICINA MEXICO**

Río Guadiana No.3 Col. Cuauhtémoc
México, DF.
C.P. 06500
México
Tel. +52 55 5566 4511
Fax +52 55 5566 4455
derecho.mexico@kas.de
www.kasmex.org.mx
www.kas.de

Editor Responsable

Christian Steiner

Coordinador

Juan Pedro Machado Arias

Asistentes de Redacción

Ignacio Álvarez Río

Impreso en México – *Printed in Mexico*

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

CONTENIDO

Presentación de la KAS	5
Introducción	9
Semblanza curricular de los autores	13
I. Enfoque general	19
1. El procedimiento administrativo. Perspectivas constitucionales Néstor Pedro Sagüés (Argentina)	21
2. Fundamentos del Derecho administrativo en Alemania Sven Müller-Grune (Alemania)	33
3. La influencia del Derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al Derecho administrativo argentino Pedro Aberastury (Argentina)	57
4. Las particularidades en la enseñanza del Derecho administrativo Jorge Danós Ordóñez (Perú)	89
5. El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Juan Pedro Machado (México)	123
II. Procedimiento administrativo	161
1. Principios generales del procedimiento administrativo: hacia un estándar continental Allan Brewer-Carías (Venezuela)	163
2. Intereses e interesados en el procedimiento administrativo Osvaldo Alfredo Gozaíni y Alberto Biglieri (Argentina)	201
3. Panorama de un sistema tipo de justicia administrativa contemporáneo Juan Carlos Esguerra (Colombia)	229
4 Usos y costumbres en el procedimiento administrativo: una Administración al servicio de sociedades pluriculturales Rosembert Ariza Santamaría (Colombia)	249
III. La jurisdicción Contencioso-administrativa	265
1. ¿Tribunales judiciales o administrativos? Karlos Navarro y Miguel Ángel Sendín García (Nicaragua)	267
2. Ámbito y objeto de la jurisdicción contencioso administrativa: hacia la consolidación de tribunales de plena jurisdicción Aurilivi Linares Martínez (Venezuela)	291

3. La oralidad en el nuevo proceso contencioso administrativo (Costa Rica) Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica)	327
4. Procedimientos contenciosos administrativos y protección de intereses difusos y colectivos Luis Cordero Vega (Chile)	359
5. Medidas cautelares en el contencioso administrativo de anulación uruguayo Augusto Durán Martínez (Uruguay)	385
6. El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional Jean Claude Tron Petit (México)	413
7. Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo: ¿justicia eficaz? Patricia Vintimilla (Ecuador)	453
8. Amparo administrativo en Bolivia José Mario Serrate Paz (Bolivia)	476

El Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer

La Fundación Konrad Adenauer es una institución política alemana independiente y sin fines de lucro; se inspira en los principios del movimiento demócrata-cristiano y apoya la unificación europea, promueve el entendimiento internacional y la cooperación al desarrollo. La fundación lleva a cabo eventos de formación política, elabora análisis científicos que sirven de base para la gestión política, otorga becas a personas talentosas e investiga la historia del movimiento demócrata-cristiano.

La cooperación internacional es, por tradición, uno de los campos prioritarios de su labor. Para su realización dispone de oficinas en todo el mundo. Complementariamente a las 14 sedes en Latinoamérica que concentran su trabajo en los respectivos países, existen cuatro programas regionales con una temática específica. Uno de ellos es el *Programa Estado de Derecho*, establecido en el año 1991. Actualmente, el Programa cuenta con dos sedes regionales: La oficina en la Ciudad de México se ocupa del área México Y Latinoamérica . Una segunda oficina en Montevideo desarrolla sus actividades en los países de Sudamérica.

La finalidad del *Programa Estado de Derecho* es brindar apoyo sostenido al desarrollo y a la profundización de un orden jurídico justo y eficiente, basado en el principio de Estado de Derecho. El trabajo de la Fundación Konrad Adenauer se fundamenta en la convicción de que la democracia, el Estado de Derecho y una política que vela por la garantía efectiva de los derechos humanos son condiciones indispensables para el desarrollo sostenible en cualquier país del mundo.

En casi todos los países latinoamericanos se ha establecido la democracia como forma de gobierno, y las constituciones políticas consagran la garantía de los derechos humanos, la división de poderes del Estado y la libre elección de los gobernantes y representantes legislativos. Sin embargo, en muchos casos, estos principios constitucionales todavía no penetran plenamente el orden jurídico, las instituciones estatales y la sociedad civil. En este contexto, las *necesidades de reforma y de asesoramiento* se presentan en varios ámbitos: Por un lado, se requiere de una adaptación de la legislación ordinaria a los postulados constitucionales, particularmente con respecto a los procedimientos penales, civiles y administrativos. Por el otro lado, es necesario una profesionalización de las instituciones estatales, tanto en el ámbito administrativo como en el legislativo y, especialmente, en el poder judicial como garante de la legalidad y de la protección jurídica del ciudadano. Igualmente resulta preciso concienciar y formar a la sociedad civil para que postule la protección efectiva del Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

El Programa Estado de Derecho busca el *fortalecimiento de las instituciones democráticas*, particularmente judiciales, mediante actividades en áreas de derecho claves para el establecimiento y la consolidación del Estado de Derecho. Actualmente, los *ejes temáticos* son:

- la protección de los derechos humanos, con especial atención a la promoción y al fortalecimiento de las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos así como de la Corte Penal Internacional;
- la promoción de una división de poderes estable y clara, con especial consideración de una justicia (constitucional) independiente;
- el apoyo de las iniciativas reformistas en el ámbito del derecho procesal, orientados al anclaje y al desarrollo de los principios del Estado de Derecho dentro del orden jurídico;
- la creación de una cultura de transparencia y rendición de cuentas en la actuación de las instituciones estatales, condiciones importantes para aumentar su eficacia y disminuir la corrupción;
- la promoción de procesos de integración regional jurídica, política y económica como el MERCOSUR y el SICA, con especial atención al

desarrollo y a la implementación del Derecho Comunitario, así como al fortalecimiento de los órganos jurisdiccionales supranacionales;

- la capacitación y especialización de jueces, fiscales, funcionarios públicos, defensores públicos y otros operadores involucrados en el ámbito de la procuración e impartición de justicia.

Como *destinatarios y/o colaboradores* de las actividades del Programa, se pueden nombrar magistrados de tribunales constitucionales y de cortes supremas, jueces, fiscales, abogados, defensores públicos y funcionarios de la administración de la justicia, defensores del pueblo, políticos dedicados al área del derecho, profesores de derecho en universidades e institutos científicos independientes, funcionarios de la administración pública (incluyendo a la policía), funcionarios de diferentes organismos de integración y especialistas del derecho de integración, así como miembros de organizaciones de derechos humanos estatales y no gubernamentales.

Dentro de las áreas temáticas arriba mencionadas, el Programa Estado de Derecho organiza en todos los países latinoamericanos *seminarios, talleres, congresos nacionales e internacionales, foros de diálogo y cursos de capacitación*. En estos eventos se invitan a expertos nacionales e internacionales tanto para brindar asesoría y capacitación como para fomentar contactos y el intercambio entre profesionales de distintos países. Las actividades nombradas se preparan y se implementan en lo posible conjuntamente con contrapartes locales.

Adicionalmente, el Programa Estado de Derecho edita regularmente *publicaciones jurídicas* sobre temas relacionados con nuestras actividades. Todas las publicaciones son distribuidas a bibliotecas de facultades de derecho, juzgados, parlamentos y organizaciones de la sociedad civil de todo el continente.

Christian Steiner
Director del Programa Estado
de Derecho para Latinoamérica
-Oficina México-

INTRODUCCIÓN

La vinculación del Estado de derecho y el Derecho administrativo no es ninguna novedad. Si el Estado de derecho es, por utilizar una definición clásica, “el Estado cuyo poder y actuación vienen regulados y controlados por la ley” o el “imperio de la ley”,¹ la actuación del más del más dinámico, polifacético y ubicuo de sus componentes, la Administración, necesariamente tendrá que venir impregnada de tal virtud, si es que queremos afirmar la presencia de dicho Estado de derecho.

Visto al revés, desde la perspectiva del Derecho administrativo, la peculiaridad de su contenido presupone, también por necesidad, la existencia de un Estado de Derecho: la búsqueda de equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías de los ciudadanos, su aseguramiento cuando se ha encontrado y su reconstrucción cuando se ha perdido.²

En términos de Otto Mayer, el Estado de derecho es “el Estado de un Derecho administrativo completo”.³ Estamos hablando, pues, de la disciplina y racionalización de la actuación estatal.⁴

A partir de los ordenamientos jurídicos alemán y de la Unión Europea, Schmidt-Assmann deduce algunas características del Estado de dere-

¹ Díaz, Elías, “Estado de Derecho y sociedad democrática”, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1969, p. 11.

² Cfr. García De Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho administrativo, I”, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 51.

³ Citado por Schmidt-Assmann, Eberhard, “La teoría general del Derecho administrativo como sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática”, INAP y Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 55.

⁴ Idem

cho relevantes para el Derecho administrativo: una actuación pública en dos fases, la de decisión y ejecución, lo que posibilita la responsabilidad, el control y la corrección. Igualmente abarca elementos formales y materiales, estrechamente interconectados, lo que impide minusvalorar el elemento formal.⁵

Conviene resaltar la importancia de este último elemento, pues “la regularidad procedimental es premisa para la racionalidad de las decisiones públicas; al tiempo, la posibilidad de confiar en el orden jurídico es condición elemental para la libertad”.⁶

----- 0 -----

La construcción del Derecho público en Latinoamérica ha sido equívoca y por ello plagada de dificultades. Históricamente se planteó como modelo un diseño constitucional que a la larga derivó en Ejecutivos fuertes con tendencias a desbordarse, terreno fértil para el autoritarismo.

Es en ese contexto que resulta más que propicio el desarrollo de un Derecho administrativo al seno de un proyecto más ambicioso de construcción de Estado de derecho. Derechos fundamentales, división de poderes, legalidad, seguridad jurídica y tutela judicial, son principios respecto a los cuales es menester elaborar una doctrina conforme a la que se desenvuelva la Administración o el Ejecutivo, personificación más emblemática del Estado en nuestra región.

En suma, la racionalización de la Administración como piedra de toque para la configuración del Estado de derecho en América Latina.

Es así que el Derecho administrativo ha adquirido una importancia decisiva en el continente al hilo del paulatino, tenaz y muchas veces entorpecido desarrollo de los regímenes democráticos. No obstante ello, se echa de menos una visión continental de algunos de los que cultivan la materia, lo que asimismo se manifiesta en el crecimiento asimétrico que ha tenido en cada uno de los países del orbe, muy a pesar de las coincidencias culturales, políticas y jurídicas.

⁵ Schmidt-Assmann, Eberhard, op. cit., p. 52.

⁶ Idem

Con la mira puesta en lo anterior la Fundación Konrad Adenauer presenta esta obra colectiva, en la que participan diversos especialistas de América Latina y cuyo objetivo central es abordar los problemas que suscita la implementación de estándares continentales en el procedimiento y justicia administrativa, así como proponer fórmulas que sintonicen mejor con las exigencias de un Estado de Derecho.

Lo anterior conforme a tres ejes temáticos: uno general, referido a principios adjetivos del Derecho administrativo y su constitucionalización; otro especial, referido a algunos aspectos decisivos, polémicos o novedosos del procedimiento y la justicia administrativa; y uno final, concerniente a aspectos que si bien poco o nada tienen que ver con los aspectos formales de la materia a los que se dedican las secciones precedentes, influyen decisivamente en ella, como la enseñanza del Derecho administrativo o las influencias europeas en las tradiciones jurídicas latinoamericanas.

Esta obra se dirige a legisladores, jueces, autoridades administrativas, académicos, abogados, estudiantes y en general, a los operadores jurídicos de la región que puedan identificar problemas comunes, así como soluciones que partan de la experiencia (buenas o malas prácticas) de cada país que se haya enfrentado a ellos. Se pretende que las propuestas planteadas resulten predicables a todos ellos, procurando así la mejora del Derecho administrativo en nuestro continente.

México, Distrito Federal, Agosto de 2009.

**Christian Steiner y
Juan Pedro Machado Arias**

Semblanza curricular de los autores

Pedro Aberastury (Argentina). Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Premio Facultad por su tesis doctoral. Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo y de Posgrado en la Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Belgrano. Miembro del Instituto de Derechos Administrativo de la Academia Nacional de Derecho. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Rosembert Ariza Santamaria (Colombia). Abogado profesor e investigador en temas de administración de justicia, jurisdicción indígena, Justicia de paz y MASC. Miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, IUSDE y de PROJULA. Defensor de Derechos Humanos y de los derechos de los pueblos indígenas. Actualmente es profesor de la Universidad Nacional de Colombia y de la Universidad Santo Tomás sede Bogotá.

Alberto Biglieri (Argentina). Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Master of Business & Administration (MBA), Universidad de Baltimore. (2001), Master en Administración, Derecho y Economía de los Servicio Públicos, Universidad Carlos III de Madrid, Universidad del Salvador y Escuela de Posgrado Ciudad Argentina. (2007), ex Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, ex Presidente del Colegio de Abogados del departamento judicial de Lomas de Zamora. Publicista y docente de varias casas de Altos Estudios.

Allan Brewer-Carías (Venezuela). Desde 1963, Profesor de la *Universidad Central de Venezuela*. Ha sido Profesor en la Universidad de *Cambridge*, Inglaterra; en la Universidad de *Paris II*, en la Universidad *Externado de Colombia*, Bogotá, y en la *Columbia Law School*, en Nueva York. Es Vicepresidente de la *Academia Internacional de Derecho Comparado* y director de la *Revista de Derecho Público* de Venezuela. Tiene una extensa obra escrita en libros y estudios monográficos en temas de derecho público (constitucional y administrativo), administración pública e historia institucional y constitucional.

Luis Cordero Vega (Chile). Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile e investigador adjunto del Centro de Derecho Ambiental de la misma Universidad. Es Doctor en Derecho (U. de Lleida) y Magíster en Políticas Públicas (U. de Chile).

Jorge Elías Danós Ordóñez (Perú). Profesor categoría principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en los cursos de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación - ASIER. Miembro honorario del Instituto Chileno de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Instituto de Derecho de los Servicios Públicos - IDESER. Ex Presidente de las Comisiones designadas por el Ministerio de Justicia del Perú que prepararon los proyectos que dieron origen a las vigentes Ley de Procedimiento Administrativo General y Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional del Ucayali. Socio del Estudio Ehecopar abogados. jorge.danos@ehecopar.com.pe

Augusto Durán Martínez (Uruguay). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República, Montevideo, Uruguay). Diplomado en Derecho Público (*Institut International d'Administration Publique*, París, Francia, 1974). Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (1990 -1999) y Decano Emérito de dicha Facultad. Prosecretario de la Presidencia de la República (1990-1995). Catedrático de Derecho Administrativo y miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Catedrático de Derecho Administrativo y Director del

Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Autor de numerosas publicaciones en Derecho Administrativo, Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Público en general reunidas en catorce volúmenes.

Juan Carlos Esguerra Portocarrero (Colombia). Doctor en Ciencias Jurídicas- Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Especialista en Ciencias Socioeconómicas Pontificia Universidad Javeriana, Magister en Derecho Universidad de Cornell (Estados Unidos). Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo en las Universidades Javeriana, Externado de Colombia y Colegio Mayor del Rosario. Ha sido Secretario General y Viceministro de Comunicaciones; Delegatario a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana; Ministro de Defensa Nacional; Embajador de Colombia ante el gobierno de los Estados Unidos de América; Conjuez de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado; Juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Oswaldo Alfredo Gozaíni (Argentina). Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Catedrático de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor permanente de posgrado y doctorado en la Universidad Panamericana de México. Autor de más de cuarenta obras de derecho procesal civil, procesal constitucional, derecho constitucional y derechos humanos.

Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica). Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD). Director y Profesor Programas de Doctorado en Derecho Administrativo y Constitucional (UELD). Doctor en Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional Centro de Estudios Constitucionales Madrid. Presidente Asociación Costarricense de Derecho Administrativo. Miembro Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Fundador y miembro Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de De-

recho Procesal. Académico de número y Secretario Academia Costarricense de Derecho. Asesor Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Autor de 14 libros y más de 40 artículos en revistas especializadas de Costa Rica, Latinoamérica y España. www.ernestojinesta.com

Aurilivi Linares Martínez (Venezuela). Abogada con mención *magna cum laude* (1995), Especialista en Derecho Administrativo (2003) y Ex Profesora Contratada de Derecho Administrativo (2001-2004), Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política (2006), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en el Programa de Doctorado sobre “Problemas actuales de Derecho Administrativo” (2007) y Aspirante al título de Doctor en Derecho Administrativo por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España). Ex Abogada de la Procuraduría General de la República (1995-2001) y Ex Abogada Auxiliar de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2001-2007). Miembro de MethoIus Consultoría Jurídica Internacional. Autora de varios artículos en revistas y obras colectivas venezolanas y extranjeras. aurilivilinares@yahoo.com

Juan Pedro Machado Arias (México). Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política (2006), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en el Programa de Doctorado sobre “Problemas actuales de Derecho Administrativo” (2006) y Candidato a Doctor en Derecho Administrativo por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo y de la Regulación del Instituto Tecnológico Autónomo de México, así como investigador en dicho Instituto. Socio del despacho jurídico Solórzano, Carvajal, González y Pérez-Correa, S.C. juan.machado@solcargo.com.mx

Sven Müller-Grune (Alemania). Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Abogado especialista en Derecho Administrativo. Docente de Derecho Administrativo en varias Escuelas Técnicas Superiores alemanas. Docente de Derecho Urbanístico en la Universidad de Erlangen – Nuremberg. Docente de Derecho Administrativo para el Gobierno de la región Mittelfranken. Docente en la Escuela Técnica Superior de Administración Pública y Administración de Justicia de

Baviera. Miembro Adjunto del Comité de Expertos para Derecho Administrativo del Colegio Oficial de Abogados de Nuremberg. En 2007 Experto en la Comisión del Parlamento de Baviera para la Reforma legislativa del Procedimiento de Impugnación. Miembro del Grupo de Trabajo sobre Derecho Comunitario de la Sociedad Alemana de Derecho Urbanístico. Miembro de la Asociación para la Planificación Municipal, Comarcal y Regional. Autor de numerosas publicaciones en materia de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.

Karlos Navarro Medal (Nicaragua). Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca, España. Profesor visitante de la Universidades de Castilla La Mancha y la Universidad europea Miguel de Cervantes, en España. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Catedrático de Derecho Administrativo en diferentes Universidades de Nicaragua. Director del Centro Nicaragüense de Administración Publica.

Néstor Pedro Sagüés (Argentina). Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid y por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

Miguel Ángel Sendín García (España). Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca, España. Profesor titular de la Universidad Europea Miguel de Cervantes, en donde además es asesor jurídico. Profesor visitante de la Universidad Hispanoamericana. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Premio Idelfonso Palma Martínez, por su contribución al desarrollo del derecho administrativo nicaragüense.

Jose Mario Serrate Paz (Bolivia). Abogado en ejercicio en Bolivia, Titular del Estudio Serrate Paz & Asociados, Master en Derecho Administrativo en la Universidad Austral de Buenos Aires; Master en Seguridad, Defensa y Desarrollo de la Escuela de Altos Estudios Nacionales La Paz, Bolivia. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Ha sido Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Gestión 2006; además fue Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Mayor de San Andrés en La Paz, de la Universidad Au-

tónoma Gabriel René Moreno en Santa Cruz, y de Derecho Municipal en la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra; Actualmente es Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Boliviana, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

Jean Claude Tron Petit (México). Egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Magistrado en el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Profesor en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, Universidad Panamericana, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Libre de Derecho y Universidad Nacional Autónoma de México. Conferencista en diversos foros nacionales e internacionales. Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Autor de varios libros y artículos sobre temas de Derecho Administrativo, Constitucional, Económico, Tributario y Argumentación.

Patricia Vintimilla Navarrete (Ecuador). Doctora en Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas, Vocal de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo con sede en Costa Rica. Miembro Honorario de la Asociación de Derecho Administrativo de México. Presidenta de la Asociación de Derecho Administrativo Capitulo-Ecuador. Articulista de la Revista “Novedades Jurídicas” de Ediciones Legales de Ecuador. Ministro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 2 de Guayaquil-Ecuador.

ENFOQUE GENERAL

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES*

Por Néstor Pedro Sagüés

SUMARIO: 1. Posiciones constitucionales. 2. Silencio constitucional. 3. Reglas constitucionales sobre el procedimiento y el proceso administrativo. 4. Reglas constitucionales sobre la organización de la jurisdicción administrativa. 5. Reglas procedentes e inferidas del Pacto de San José de Costa Rica. 6. Conclusiones.

1. Posiciones constitucionales

No siempre una constitución incluye cláusulas relativas al procedimiento administrativo. En términos generales, y para el caso latinoamericano, pueden detectarse las tres siguientes posturas básicas:

- a) silencio constitucional.
- b) normas constitucionales reguladoras del procedimiento administrativo.
- c) normas constitucionales reguladoras de la jurisdicción administrativa.

* El presente trabajo fue inicialmente publicado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008, Montevideo, editorial Fundación Konrad Adenauer, pág. 489 y siguientes. La presente versión contiene actualizaciones y ampliaciones

Analizaremos acto seguido estas posibilidades. La mención de las constituciones que se citan es a mero título ejemplificativo, y por tanto no agota el escenario normativo existente.

2. Silencio constitucional

La constitución puede no referirse al procedimiento administrativo. Ello es así cuando considera que la cuestión no es fundamental y la deja en manos de la discreción legislativa. Tal actitud puede ser típica de constituciones antiguas (como la argentina, v. gr., que data básicamente de 1853/60, una época donde difícilmente la constitución se ocupaba de aquel asunto).

Eso no quiere decir que *el procedimiento* y el *proceso*¹ administrativo, ante el silencio del constituyente, queden necesariamente sin cobertura constitucional. Muchas veces, los operadores del sistema constitucional, y en particular, los jueces y su órgano máximo de interpretación de la Constitución (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Sala Constitucional ubicada en una Corte Suprema), van delineando verdaderas reglas jurídicas de nivel consuetudinario constitucional, vigentes para el ámbito administrativo, construidas por dichos operadores, que las definen a menudo como normas inferidas o deducidas de algunos artículos constitucionales de tipo amplio, como por ejemplo los que regulan, en general, al debido proceso judicial adjetivo y al debido proceso sustantivo. Así, el derecho a ser oído, a ofrecer prueba, a controlar su producción, a obtener una decisión judicial razonable, son proyectados con frecuencia al mundo procesal administrativo.

En otros casos, son reglas de fuente internacional, como el Pacto de San José de Costa Rica, las que pueden colmar el silencio constitucional formal, sea por voluntad de los operadores locales, sea por voluntad del operador jurisdiccional internacional. Volveremos sobre el tema más abajo.

¹ La distinción entre “proceso” y “procedimiento” administrativo es polémica. Aquí seguimos la propuesta de entender al primero como algo que materialmente puede darse en cualquier sector de la administración, en tanto que el segundo estaría reservado cuando se desarrolla en la función jurisdiccional independiente y con los recaudos propios de ésta, que se encarnan en el Poder Judicial. Ver Cassagne Juan Carlos (1982), *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, editorial Abeledo-Perrot, t. II pág. 378.

3. Reglas constitucionales sobre el procedimiento y el proceso administrativo

Algunas constituciones, por lo común de factura más moderna, contienen cláusulas que tratan puntualmente aspectos del tema que nos ocupa. Por ejemplo, la de Ecuador de 2008 (art. 173), señala que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado “podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial,”. En este caso, se trata de una regla constitucional de habilitación de competencia administrativa y judicial para revisar actos administrativos.

Otro ejemplo puede ser la constitución de Colombia de 1991, que en su art. 29 anticipa que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, mientras que el art. 238 prescribe que los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial, podrán ser suspendidos provisionalmente, según lo regule la ley, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

A su turno, el art. 49 de la constitución de Venezuela de 1999 determina que las reglas del debido proceso se aplicarán a todas las actuaciones judiciales y administrativas, que por ende son absolutamente equiparadas en este punto. Los principios fundamentales del debido proceso son largamente expuestos en el mismo precepto, e incluyen -entre otras- las siguientes declaraciones: calificación de la defensa y la asistencia jurídica como derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso; derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa; nulidad de las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso; derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial; derecho a ser juzgado por los jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en la Constitución y en la ley; derecho a no declarar contra sí mismo, o contra su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad; derecho a ser indemnizado por el error judicial, retardo u omisión injustificados; derecho a no ser sometido a juicio sin conocer la identidad de quien lo juzga. Se reconoce

asimismo el derecho a recurrir por parte del declarado culpable, pero “con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley”.

La constitución de Uruguay, probablemente la más extensa en el asunto que nos ocupa, atiende con cierta minuciosidad en su art. 317 al recurso de revocación, que se interpone ante la autoridad administrativa que cumplió el acto impugnado; al recurso jerárquico, que debe articularse conjuntamente y en forma subsidiaria al de revocación; al recurso de anulación contra autoridad sometida a tutela administrativa, y a los de reposición y apelación, contra actos de los órganos de los gobiernos departamentales.

El art. 318 alude al deber de las autoridades pertinentes de resolver los recursos administrativos y sobre cualquier petición que le presente el titular de un interés legítimo en la ejecución de un acto administrativo. Si no es decidido dentro de los ciento veinte días del momento que prevé el mismo artículo, se entenderá decisión negativa.

Por su parte, el art. 319 aclara que la acción de nulidad ante el Tribunal Contencioso administrativo no puede promoverse si previamente no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos pertinentes.

4. Reglas constitucionales sobre organización de la jurisdicción administrativa

Tal vez los casos más manifiestos sean los de Colombia y Uruguay, que han planificado tribunales administrativos autónomos y de alto nivel institucional, algunas veces con una suerte de paridad con la Corte Suprema o Tribunal Constitucional. De algún modo, se los podría entender como órganos constitucionales autónomos, y hasta, por algunos, extra-poder.²

La constitución colombiana, a partir del art. 236, se ocupa “de la jurisdicción contencioso-administrativa”, y menciona específicamente al Consejo de Estado como su autoridad máxima, dividido en salas y

² Nos remitimos a Sagüés Néstor P. (2007) “Los tribunales constitucionales como órganos extra poder. Roles y desafíos”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, Jornadas internacionales de Derecho Constitucional, Quito, edición del Tribunal Constitucional, pág. 309 y sigts., donde abordamos el tema de la distinción entre órganos constitucionales autónomos y órganos extra-poder, así como la caracterización jurídica de ambos.

secciones conforme la ley lo disponga. Es un ente supremo en lo contencioso administrativo, y conoce en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de decretos dictados por el Gobierno nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional; entre otros roles, opera como órgano de consulta del Gobierno, prepara y presenta proyectos de actos de reforma de la constitución y proyectos de ley, conoce de los casos de pérdida de investidura de los congresistas, etc. (art. 237).

La constitución del Uruguay regula puntualmente “lo contencioso administrativo” en su art. 307 y siguientes, comenzando por estructurar el “Tribunal de la Contencioso administrativo”, compuesto por cinco jueces según la ley lo disponga. Ellos deben tener las condiciones requeridas para ser juez de la Corte Suprema (art. 308). El art. 309 determina su competencia: demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la administración en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. También tiene jurisdicción para revisar los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los gobiernos departamentales, de los entes autónomos y de los servicios descentralizados.

Conforme al art. 310 de la constitución, el Tribunal no puede reformar el acto impugnado, sino confirmarlo o anularlo. Para declarar la nulidad por lesión a un derecho subjetivo, basta la mayoría de sus miembros, aunque todos deben emitir la resolución. En los demás casos, se necesitarán cuatro votos conformes.

Si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declara la nulidad del acto administrativo por lesionar un derecho subjetivo, su efecto se limitará al caso concreto; pero si la decisión se funda en “interés de la regla de derecho o de la buena administración”, tiene consecuencias *erga omnes* (art. 311).

Los arts. 314 y 315 de la constitución de ocupan del Procurador del Estado en lo contencioso administrativo. El art. 320 se detiene en la creación por ley reforzada, con mayoría especial de votos, de órganos inferiores de la jurisdicción contencioso administrativa, y el 321, de la preparación del presupuesto del Tribunal por él mismo, que deberá remitir al Poder ejecutivo, el que a su turno incorporará las modificaciones que estime pertinentes.

Por su parte, la constitución de Venezuela dispuso en su art. 262 la erección en el seno del Tribunal Supremo de Justicia (órgano equivalente a una Corte Suprema), de una Sala “Político Administrativa”, con competencia para dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte tenga alguna de esas entidades (salvo las disputas entre municipios de un mismo Estado), y para declarar la nulidad de reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo nacional, cuando ello sea procedente.

5. Reglas procedentes e inferidas del Pacto de San José de Costa Rica

Estas directrices cobrar vigor día a día, ante la presencia de un derecho internacional público cada vez más impetuoso y exigente, incluso frente al derecho constitucional, que otrora procuraba presentarse como derecho máximo, en base al principio de supremacía constitucional. Desde luego, tienen aquellas normas una relevancia muy especial en países que confieren expresamente al Pacto rango de norma constitucional, al estilo del art. 75 inc. 22 de la constitución de Argentina, o en aquellos en los que sus operadores lo cotizan, por vía de interpretación o por otro conducto, con esa jerarquía.

La Convención americana sobre derechos humanos (más conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”), comienza su art. 8º diciendo así: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o *para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*” (el subrayado es nuestro).

En el numeral 2 se especifican las garantías fundamentales: presunción de inocencia, derecho a ser asistido con intérprete si no habla la lengua del juzgado, de que se le comunique la acusación que se le formula, de contar con medios adecuados para la preparación de su defensa, de defenderse personalmente o con un defensor de su libre elección, de contar con un defensor oficial si no nombra a uno privado, de ofrecer e interrogar a los testigos, de no ser obligado a declarar contra si mismo, de recurrir ante un juez o tribunal superior, de no ser sometido a

otro juicio por la misma causa, y de publicidad del proceso, salvo para preservar los intereses de la justicia.

En el caso “Tribunal Constitucional del Perú”, prorrogando la doctrina sentada en “Paniagua Morales y otros”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando dichas normas, ha puntualizado algunas pautas de especial interés. En concreto, apuntó primero que aquellas reglas “mínimas” del proceso penal, rigen también “en general” en cualquier ámbito donde se determinen derechos y obligaciones, incluso, por ejemplo, en el denominado *juicio político*. En segundo lugar, todo órgano que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales (y que, según la Corte, puede no integrar el Poder Judicial, ya que puede referirse a “cualquier autoridad pública, sea *administrativa*, legislativa o judicial”. El subrayado es nuestro), debe cumplir con esos recaudos mínimos, y ser, entonces, competente, independiente e imparcial. En tercer término, que cabe una revisión judicial, según el art. 25 del Pacto, ante un órgano obviamente judicial, si se hubieren lesionados derechos provenientes del pacto, de la constitución o de la ley.³

Esta importante tesis provoca una serie de consecuencias y de interrogantes:

- a) La doctrina de la Corte Interamericana legitima la actuación de órganos administrativos, para la determinación de derechos y obligaciones, ya en el “procedimiento”, ya en el “proceso” administrativo, pero exige que ellos sean competentes, imparciales e independientes. Este recaudo no siempre será fácil de obtener en la etapa del “procedimiento”, donde es frecuente, por ejemplo, que ciertos recursos –no todos- sean atendidos por la misma autoridad pública que emitió el acto impugnado, y que puede estar involucrada e interesada en su mantenimiento.
- b) De no haber mediado una instancia ante el Poder Judicial, habrá que habilitarla en cierto momento, para cumplir con el art. 25 del Pacto. En otras palabras, un procedimiento y un proceso administrativo llevados exclusivamente ante una autoridad administrativa y que fenezcan en ellas, violaría al Pacto.

³ García Ramírez Sergio (2001), Coord., La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, editorial UNAM, pág. 820 y sigts.

- c) Tanto en el procedimiento como en el proceso administrativo (sustanciado ante autoridad administrativa o judicial) se plantean ciertos interrogantes sobre la proyección de las reglas “mínimas” del proceso penal. Por ejemplo: ¿es factible ahora la absolución de posiciones? La misma podría entenderse excluida en el ámbito disciplinario, pero ¿qué decir del tema en otros asuntos discutidos en sede administrativa o judicial? Del mismo modo, si el problema carece de entidad penal, ¿tendrá siempre el administrado condenado a algo, a contar con una doble instancia o doble condena?³

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las reglas penales “mínimas” del art. 8º del Pacto rigen “en general” en los demás fueros, de tal modo que sus operadores poseen una sugestiva cuota de adaptación sobre los alcances de esa proyección. A todas luces, el buen suceso de esa adaptación puede inevitablemente dar lugar a disputas, las que, en última instancia, tendrán que ser disipadas por la Corte Interamericana, como intérprete final del Pacto (art. 67 del mismo). No todas las pautas del proceso penal del art. 8º, ya citadas, resultan pues automáticamente transportables al procedimiento y al proceso administrativo: no caben aquí actitudes maximalistas o minimalistas que exageren o compriman la proyección. Ésta debe ser prudente e inteligente a la vez, asumiendo las particularidades de cada sector del derecho. La aplicación irreflexiva o maquinal del bagaje penalista al ámbito administrativo (en particular al no disciplinario) puede ser dañosa, como lo sería también la elusión de postulados clave del debido proceso penal que también deben regir en los espacios procesales de la administración.⁴ En definitiva, todo conduce a una perspectiva de razonabilidad, donde hay que combinar, como diría Max Weber, la ética de

³ Precisamente, en el caso “Marchal”, la Corte Suprema de Justicia de Argentina consideró que un tribunal inferior adonde se plantease este interrogante, relativo al derecho de apelar contra una condena impuesta en sede administrativa jurisdiccional, debía pronunciarse explícita y adecuadamente sobre tal postulación, y si omite tal deber, incurre en arbitrariedad. Dos jueces de la Corte Suprema hacen una específica remisión al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictado en la causa “Tribunal Constitucional del Perú”. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/4/07, en “El Derecho”, Suplemento de derecho constitucional, Buenos Aires 11/7/07, pág. 14, con nota aprobatoria de Roberto A. Punte: El reciente fallo “Marchal” y la aplicación del art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos a los actos administrativos de contenido jurisdiccional

⁴ Sobre la evasión de las directrices de la Corte Interamericana sobre el debido proceso, en materia de juicio político, ver Sagüés Néstor P. (2006), Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, Buenos Aires, editorial Ad-Hoc, pág. 161 y sigts.

las convicciones y de los principios, con la ética de las responsabilidades o de las consecuencias.⁵

Es oportuno tener presente que mediante sus dos operadores principales (la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), el sistema regional ha elaborado ciertas pautas vigentes para el proceso administrativo, que conforme la útil clasificación elaborada por Gregorio A. Flax,⁶ a quien seguimos en este tema, son básicamente las siguientes, partiendo del supuesto de que “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. *Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena y otros vs. Panamá*. La bastardilla es nuestra):

- a) *audiencia para la determinación de hechos y derechos*, previa al comienzo de las actuaciones administrativas, a fin de que el administrado conozca el marco del debate, ofrezca la prueba del caso y formule los alegatos que correspondan. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loren Riebe y otros*).
- b) *derecho a la representación legal*, libremente escogida, a fin de preparar idóneamente la defensa del caso. La infracción a esta regla importa violar el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica. (ídem caso anterior).
- c) *notificación previa sobre la existencia de un procedimiento administrativo*, lo que implica, además, información sobre los cargos, derecho a comparecer, de presentar pruebas y de acceder al expediente (doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ivcher Bronstein*).
- d) *Derecho a una decisión fundada*, que atienda los planteos del administrado y exponga los argumentos esgrimidos por la adminis-

⁵ Cfr. Weber Max, (2005) *El político y el científico*, Buenos Aires, editorial Libertador, sin mención de traductor, pág. 72

⁶ Flax Gregorio A., (2008), “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo”, en Albanese Susana (coordinadora), 2008, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, editorial Ediar, pág. 49, 56 y siguientes. Se han seleccionado algunos criterios más significativos, sin pretender agotar el tema.

tración para resolver la controversia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*).

- e) *Publicidad de las actuaciones administrativas*, para garantizar el acceso a la información del administrado (ídem caso anterior).
- f) *Cumplimiento de la administración de plazos razonables para tramitar y resolver*, en función de tres elementos: comportamiento del administrado, complejidad del caso, diligencia en la conducta de la administración (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. República del Paraguay*).
- g) *Revisión judicial de las actuaciones administrativas*, en consonancia con los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, casos *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, y *Loren Riebe y otros vs. México*).

El debate, entonces, está abierto, y a menudo no hay en él soluciones ya hechas, decididas por el propio Pacto, sino respuestas elaboradas -y por elaborar- por sus operadores.

5. Conclusiones

No es indispensable que un Estado incluya en su constitución reglas concernientes al procedimiento y al proceso administrativo, o a la diagramación de la jurisdicción administrativa, si una legislación adecuada y una jurisprudencia constitucional aditiva proyectan en ambos asuntos las bases esenciales del debido proceso en general. Mucho depende del “mercado constitucional” local, (i) en el sentido de si existe o no una demanda social que reclame esa normativización, y (ii) del comportamiento de los operadores constitucionales y subconstitucionales para actualizar correctamente (por ejemplo, por vía jurisprudencial, o mediante la sanción de normas infraconstitucionales), un texto constitucional antiguo o silencioso sobre aquellas cuestiones.

De todos modos, si el constituyente estima conveniente incursionar en tales temas, respondiendo a demandas sociales de normativización, hará una buena gestión en la medida en que redacte adecuadamente

las prescripciones del caso. Desde luego, es preferible el silencio constitucional a una defectuosa planificación del proceso administrativo, por el constituyente.

El silencio constitucional puede también cubrirse según las pautas que provengan de la jurisdicción supranacional (léase, para el caso latinoamericano, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), que ya ha pergeñado algunas directrices al respecto, cuyo cumplimiento parece obligado para los países involucrados en un sistema jurisdiccional regional. Esas pautas pueden incluso exigir modificaciones en la legislación vigente en cada país, si ésta resulta incompatible con las referidas líneas jurisprudenciales.

También debe subrayarse, para Latinoamérica, que las guías elaboradas por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en esta materia dejan un buen margen de construcción discrecional (pero razonable) por los operadores domésticos, acerca de cómo efectivizarlas.

FUNDAMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ALEMANIA

Por Sven Müller-Grune*

SUMARIO: A. Introducción; B. Fundamentos del Derecho Administrativo; 1. Fuentes del Derecho Administrativo; 2. Fundamentos y principios generales del Derecho Administrativo; a) *Distinción entre Derecho Administrativo general y especial*; b) *Disposiciones constitucionales*; c) *Los principios generales del Derecho Administrativo*; 3. La Ley Federal Reguladora del Procedimiento Administrativo; a) *Leyes reguladoras del procedimiento administrativo de la Federación y de los Länder*; b) *Estructura de la Ley Federal Reguladora del Procedimiento Administrativo*; 4. El Acto Administrativo; a) *Concepto*; b) *Fundamento jurídico*; c) *Acto administrativo y Derecho regulador del procedimiento*; d) *Eficacia de los actos administrativos*; 5. La anulación de los actos administrativos; a) *Criterios de diferenciación en relación a la anulación*; b) *La anulación de actos administrativos antijurídicos*; c) *La revocación de actos administrativos conformes a Derecho*; 6. El contrato administrativo; 7. La distinción entre decisiones regladas y discrecionales; a)

*La revisión de la traducción del texto ha sido realizada por la Dra. Maria Ángeles Martín Vida, LL.M. (Osnabrück), investigadora en el Instituto de Política Sanitaria Europea y Derecho Europeo de la Seguridad Social y en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Goethe de Frankfurt am Main (Alemania).

Decisiones regladas; b) Decisiones discrecionales; c) Límites a la discrecionalidad; C. La tutela jurídica en Derecho Administrativo; 1. La jurisdicción contencioso-administrativa; 2. La Ley de la Justicia Administrativa; 3. El procedimiento previo extrajudicial; 4. Tipos de recursos; 5. La legitimación para interponer el recurso como requisito de admisibilidad; 6. El principio de investigación de oficio como particularidad procesa; 7. La densidad del control judicial en el caso del examen de actos administrativos; a) Medida fundamental de control; b) Actos administrativos con eficacia frente a terceros (Drittwirkung); c) Ausencia de la llamada “madurez para ser resuelto” (Spruchreife) en el caso de los recursos de imposición; d) Control de las decisiones discrecionales; 8. Los recursos contra las decisiones de primera instancia; a) Apelación y solicitud de autorización de la apelación; b) procedimiento de casación.

A. Introducción

Esta exposición tiene como propósito brindarle al lector una visión general sobre el funcionamiento del Derecho Administrativo alemán. El tema y el espacio concedido en esta publicación nos obligan a abordar únicamente los elementos más sustanciales, dividiendo la exposición en dos partes, la primera sobre el Derecho Administrativo en términos generales, y la segunda sobre la tutela jurídico-administrativa a través de los Tribunales, para lo cual servirá de ilustración el acto administrativo.

B. Fundamentos del Derecho Administrativo

1. Fuentes del Derecho Administrativo

Las fuentes del Derecho Administrativo alemán se dividen en fuentes escritas y no escritas. Incluso 60 años después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental de 1949,¹ en la que se tanto el Poder Judicial como el Ejecutivo se someten a la ley y al Derecho (artículo 20, apartado 3 de

¹ “Ley Fundamental” (Grundgesetz) es la denominación poco pretenciosa que eligió el Constituyente alemán para la nueva Constitución de la joven Republica Federal de Alemania, considerándola como algo provisional para un país cuya división no quisieron perpetuar mediante una “Constitución” definitiva.

la Ley Fundamental), sigue vigente esta distinción, aunque la referencia a las fuentes no escritas parece suponer *prima facie* una contradicción. Este problema no ha sido aclarado de manera definitiva en la dogmática constitucional; no obstante, la referencia a las fuentes no escritas está reconocida y parece estar constitucionalmente legitimada.

A las fuentes escritas se suman, además de la Constitución, las leyes formales (leyes parlamentarias) y las materiales (reglamentos o decretos del Ejecutivo), al igual que los estatutos emitidos por corporaciones y otras personas jurídicas de Derecho Público (municipios, Universidades, Agencias, fundaciones).

Las fuentes no escritas, que siguen siendo fuentes reconocidas del Derecho Administrativo, incluyen el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho Administrativo reconocidos. Estos principios se han incorporado sólo en parte a la Ley reguladora del procedimiento administrativo actualmente vigente, y siguen aplicándose junto a esta Ley.

2. Fundamentos y principios generales del Derecho Administrativo

El hecho de que los principios generales impregnen como lo hacen al Derecho Administrativo viene condicionado por la tradición. El Estado liberal de Derecho del siglo XIX reclamaba un equilibrio social entre la monarquía (imperante), por una parte, y la burguesía emergente, por otra, propósito inalcanzable a través del ejercicio del poder tradicionalmente ilimitado del monarca. Así, mientras que el Poder Ejecutivo permanecía en manos del monarca, la burguesía luchaba por la conquista de los derechos fundamentales y las libertades públicas primigenias, para lo cual participaba (aunque de manera restringida) en el ejercicio del poder a través de Parlamentos electos. La concesión de libertades públicas condujo, asimismo, a una nueva percepción del concepto de intervención. Desde ese momento las intervenciones por parte de la Administración en las libertades sólo son admisibles si una ley aprobada por el Parlamento lo permite. Es así como comienza el Derecho Administrativo, limitando la potestad ejecutiva (originalmente ilimitada) del gobernante de turno. Esta transformación generó la necesidad de crear normas e instrumentos para la actuación administrativa. El Derecho Administrativo, camino de constituirse en una materia autónoma, exigía un procedimiento uniforme de aplicación.

a) Distinción entre Derecho Administrativo general y especial

La dogmática actual distingue entre Derecho Administrativo general y Derecho Administrativo especial. El Derecho Administrativo especial, materia que no se abordará en este trabajo, contiene esencialmente regulaciones materiales para determinados ámbitos jurídicos. Entre ellos están, por ejemplo, los ámbitos del Derecho de seguridad (Derecho policial, Derecho industrial, Derecho en materia de armas), Derecho urbanístico, Derecho de aguas, Derecho del tráfico, así como otra serie de ámbitos de la vida para los que el Derecho Público define las relaciones jurídicas entre los diferentes sujetos jurídicos.

El Derecho Administrativo general contiene, para la mayoría de estos ámbitos jurídicos, preceptos generales y uniformes, particularmente desde el punto de vista del procedimiento. Por ello el Derecho Administrativo general engloba sobre todo normas de carácter formal.

b) Disposiciones constitucionales

De la propia Constitución se deducen principios relacionados con la actuación administrativa, entre los que destaca como el más importante el de la sujeción de la Administración a la ley. El origen de este principio no se halla exclusivamente en la referencia constitucional a la sujeción del Ejecutivo a la ley y al Derecho (artículo 20, apartado 3 de la Ley Fundamental), sino también en principios constitucionales ampliamente reconocidos, como el principio del Estado de Derecho y el principio democrático. La sujeción de la Administración a la ley se deriva en parte incluso de los propios derechos fundamentales.

El principio de sujeción de la Administración a la ley abarca a su vez dos componentes, el principio de supremacía de la ley y el de reserva de ley. La supremacía de la ley establece que la Administración no puede adoptar medidas que contradigan la Constitución o una ley. Si una actuación de carácter administrativo contraviene este principio esto tendrá como efecto, en el caso de decisiones con alcance concreto (actos administrativos), su ilegalidad, de modo que resultarán susceptibles de ser anulados y revocados. La violación de normas jurídicas de rango superior en el caso de decisiones con eficacia general (leyes, reglamentos/decretos, estatutos) habitualmente resulta en la nulidad de éstas, a menos que una ley prevea posibilidades de subsanación.

El principio de la reserva de ley establece que la Administración sólo

puede actuar si existe una ley (parlamentaria) que la faculte a realizar la acción pretendida. De faltar tal base legal, la Administración no podrá actuar. Esto al menos es válido sin restricción para el ámbito de la denominada Administración interventora, es decir, para aquel ámbito en el que la Administración lleva a cabo una injerencia en las libertades fundamentales o en los derechos de propiedad del ciudadano. En este punto el propio principio del Estado de Derecho establece que toda restricción jurídica requiere una base legal.

Para la denominada Administración prestacional los términos de validez son diferentes, por lo menos desde el punto de vista tradicional, que hoy por hoy resulta en gran parte obsoleto. En este contexto las autoridades conceden prestaciones al ciudadano, lo que en determinadas circunstancias por motivos financieros podría requerir una justificación, pero desde la perspectiva del beneficiario de la prestación estatal no se percibe como una limitación de sus derechos fundamentales. En cualquier caso, la participación en los bienes comunes está esencialmente marcada por una idea de justicia que halla su fundamento también en el mandato de igualdad de la Ley Fundamental (artículo 3, apartado 1 de la Ley Fundamental). Esto conduce a que la concesión de prestaciones a una persona puede servir para que otra persona, bajo iguales circunstancias, adquiera el derecho a tales prestaciones. Eventualmente, conceder prestaciones puede acarrear recortes en la pretensión de otras personas. Esto es en particular así cuando se trata de la concesión de subvenciones, debido a que los recursos que se distribuyen son siempre limitados. Es evidente que todos los supuestos de este tipo requieren una regulación legal (parlamentaria), y es por ello que la Administración prestacional no se puede considerar al margen del principio de reserva de ley.

En relación con lo anterior se plantea también la cuestión del alcance de la reserva de ley. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido en repetidas ocasiones que actuaciones de esencial importancia para el ciudadano o para la colectividad podrán ser reguladas únicamente a través de una ley formal (ley parlamentaria) por el hecho de que la actividad soberana siempre afecta a los derechos fundamentales del ciudadano. A falta de una ley formal (parlamentaria) la actuación administrativa se considerará ilegal. Esta doctrina de la esencialidad representa, pues, otro principio que halla su fundamento en la Constitución y que resulta decisivo para la legalidad de la actuación administrativa.

c) Los principios generales del Derecho Administrativo

Por motivos históricos la actuación administrativa, a pesar del principio recién descrito de sujeción de la Administración a la ley, sigue estando marcada por principios generales no escritos. Sin embargo, esta contradicción resulta sólo aparente: de los principios generales desarrollados inicialmente por la jurisprudencia y la doctrina encontraron aplicación sobre todo aquéllos que regulaban el procedimiento, mientras que los de contenido jurídico-material se incorporaron a la Ley Reguladora del Procedimiento Administrativo que más adelante se analiza. En cambio, las disposiciones procedimentales tienen menor relevancia ius-fundamental, por lo que la protección de los derechos fundamentales mediante normas procedimentales ha de ser probablemente también rechazada desde el punto de vista constitucional.

Entre los principios generales de la actuación administrativa desarrollados a lo largo de la Historia se encuentran las disposiciones relativas a la revocación de actos administrativos, al ejercicio de la discrecionalidad (cuestiones ambas reguladas actualmente en su mayor parte en la Ley Reguladora del Procedimiento Administrativo), al restablecimiento de las situaciones jurídicas ilegalmente alteradas, a la conducta de buena fe así como el principio de proporcionalidad, derivado directamente del Derecho constitucional.

La razón de validez para los principios no escritos se deduce dogmáticamente por diversas vías, que van desde su atribución a un Derecho consuetudinario (constitucionalmente cuestionable en cuanto a su existencia), pasando por la asunción de una necesaria concretización del Derecho constitucional, hasta su derivación de los denominados principios generales del Derecho. También, en parte, se apunta su deducción a partir del “Derecho jurisprudencial”, que, si bien resulta dogmáticamente ajeno al ordenamiento jurídico alemán, en la práctica le es cada vez más inmanente. La sujeción a la ley y al Derecho en el artículo 20, apartado 3 de la Ley Fundamental le niega al juez en términos generales la facultad de crear Derecho. Sin embargo, esta sujeción no impide a los Tribunales concretar mediante la interpretación normas que en algunos aspectos el legislador conscientemente formula en términos imprecisos, lo que a fin de cuentas lleva a que a través de esta actividad de interpretación surja un elemento de producción normativa.

3. La Ley Federal Reguladora del Procedimiento Administrativo²

Ya se ha mencionado que una parte importante del Derecho Administrativo general se refleja en los principios generales del Derecho Administrativo y que a una parte de estos principios se les proporcionó una base legal. Se hallan en las Leyes Reguladoras del Procedimiento Administrativo tanto de la Federación como de cada uno de los Estados Federados.

d) Leyes reguladoras del procedimiento administrativo de la Federación y de los *Länder*

Resulta inherente al principio federal de la República Federal Alemana el que la Administración se ubique en diferentes niveles. Ha de hacerse en este punto una distinción entre la Administración federal directa, por un lado, y la Administración en los respectivos Estados Federados por otro. Hacer una diferenciación más profunda nos llevaría en este trabajo demasiado lejos; no obstante, es evidente que en un sistema federal han de existir también, junto con las respectivas asignaciones de competencias legislativas, diferentes niveles administrativos.

Para la acción administrativa de las autoridades federales promulgó la Federación la Ley Reguladora del Procedimiento Administrativo (en adelante LPA), de 25 de noviembre de 1977. Los Estados Federados aprobaron a su vez, en el ejercicio de las competencias legislativas que les atribuía la Ley Fundamental, leyes de procedimiento administrativo del mismo tenor en lo esencial que la federal (con pocas diferencias y modificaciones en algunas disposiciones); en parte, incluso, se declaró simplemente aplicable en una única norma la Ley de Procedimiento Administrativo de la Federación. Esta identidad es significativa para la cuestión de la tutela jurídica, materia que se abordará más a fondo más adelante (véase C 8, *infra*).

e) Estructura de la Ley Federal Reguladora del Procedimiento Administrativo

La Ley Federal Reguladora del Procedimiento Administrativo (LPA) se remonta a un proceso de elaboración inusualmente largo de diecisiete

² Una traducción de la Ley Federal Reguladora del Procedimiento Administrativo al español será completada durante el año 2010. Información al respecto estará disponible en <http://www.kas.de/uruguay>.

años. Este período tan extenso se explica, entre otras razones, por el hecho de que los principios generales del Derecho Administrativo, que habían sido aplicados hasta entonces, habían sido concretados y desarrollados con tanta claridad por la jurisprudencia y la doctrina que se mantuvo hasta el final la controversia sobre la necesidad o no de una normativa.

La LPA regula aspectos tanto procedimentales como de Derecho material. Está dividida en ocho secciones:

La sección I (§§ 1 a 8 LPA) contiene disposiciones generales relativas al ámbito de aplicación de la Ley, a la competencia por razón del lugar así como al auxilio entre autoridades administrativas.

La sección II (§§ 9 a 34 LPA) comprende disposiciones fundamentales relativas al procedimiento administrativo general.

La sección III (§§ 35 a 53 LPA) contiene las disposiciones que regulan la producción y la eficacia del acto administrativo (véase *infra*, punto 4).

La sección IV (§§ 54 a 62 LPA) contiene disposiciones relativas a los contratos administrativos (véase *infra*, punto B6).

En la sección V se regula el denominado procedimiento administrativo formal, cuya puesta en práctica viene ordenada principalmente por normas de Derecho Administrativo especial de los Estados Federados (por ejemplo, de Derecho de aguas).

Las secciones VI y VII contienen preceptos relativos a los recursos, los costes y las actividades de voluntariado. La sección VIII incluye por último, como ocurre con la mayoría de leyes, disposiciones finales.

4. *El acto administrativo*

La relación entre las disposiciones de carácter formal y las disposiciones jurídico-materiales de la LPA se pone de relieve en la sección III relativa al acto administrativo, instrumento principal de la acción administrativa, que se toma aquí como ejemplo.

f) Concepto

En el § 35, frase 1 LPA se define este acto legalmente como disposi-

ción, decisión u otra medida soberana que dicta una autoridad para regular un caso individual en el ámbito del Derecho Público y que goza de eficacia jurídica inmediata hacia el exterior. Al acto administrativo se le atribuye, por tanto, carácter normativo para la regulación de un supuesto concreto. Constituye un título soberano y lo en él dispuesto ha de ser cumplido. En caso necesario, y siempre que se den otros requisitos, podrá ser ejecutado forzosamente.

g) Fundamento jurídico

El principio de sujeción de la Administración a la ley exige que un acto administrativo tenga un fundamento legal. Este fundamento legal no lo constituye el § 35 LPA, pues éste y los preceptos siguientes sólo se refieren a normas generales, formales y materiales, sobre el acto administrativo como tal y que atañen a todo el Derecho Administrativo. Por el contrario, el fundamento jurídico para la adopción de un acto administrativo debe buscarse en la correspondiente ley específica de Derecho Administrativo especial. En caso de no encontrarse tal fundamento en las leyes especiales, no podrá adoptarse el acto administrativo.

h) Acto administrativo y Derecho regulador del procedimiento

Las normas que regulan el procedimiento administrativo en la sección II de la LPA desempeñan un papel importante en la adopción conforme a Derecho de un acto administrativo. Así, el § 28, apartado 1 LPA dispone, por ejemplo, que antes de adoptar un acto administrativo que suponga una injerencia en los derechos de uno de los interesados, es necesario que se le conceda a éste la oportunidad de exponer su opinión respecto a los hechos relevantes para la decisión. Esto tiene un doble propósito: por un lado, la autoridad cumple con la exigencia procedimental, regulada igualmente en la sección II, de que los hechos se esclarezcan exhaustivamente de oficio (principio de investigación de oficio, § 24 LPA). Este principio dispone que los hechos que tengan relevancia decisiva para la adopción de un acto administrativo han de ser investigados de oficio; la audiencia directa del interesado constituye un elemento esencial a estos efectos. Por otro lado, con la orden contenida en esta disposición formal satisface el legislador el derecho del ciudadano a ser oído, que deriva directamente del principio constitucional del Estado de Derecho contenido en el artículo 103 de la Ley Fundamental.

La sección III de la LPA contiene preceptos especiales de carácter for-

mal, entre otros los relativos a la motivación del acto administrativo (§ 39) y a la notificación debidamente realizada (§ 41).

i) Eficacia de los actos administrativos

Los actos administrativos adquieren eficacia si dentro de un plazo determinado no se ha interpuesto recurso contra ellos (véase punto C 3, *infra*). La cuestión de la eficacia del acto debe separarse de la de su conformidad a Derecho. También los actos administrativos antijurídicos adquieren eficacia y han de ser obedecidos. Solamente en el caso de infracciones graves (§ 44, apartado 1 LPA), así como para otras infracciones enumeradas en la ley (§ 44, apartado 2 LPA), ordena la ley la nulidad del acto administrativo. De este modo, por ejemplo, un acto administrativo que por razones fácticas no pueda ser ejecutado por nadie, debe considerarse nulo (§ 44, apartado 2, número 4 LPA). Si es nulo de acuerdo con estas disposiciones, debe considerarse como inexistente. Por ello, un acto administrativo nulo no puede tampoco ser ejecutado. Con el fin de eliminar la apariencia jurídica que un acto administrativo nulo pudiera conservar, se puede presentar ante la autoridad una solicitud de declaración de la nulidad (§ 44, apartado 5 LPA), si bien la autoridad está también facultada en todo caso para declarar ésta de oficio.

En cambio, infracciones simples del procedimiento pueden, en determinadas circunstancias, no revestir consecuencias para la eficacia del acto. Así, no puede pedirse la anulación del acto a pesar de defectos formales cuando tales defectos evidentemente no han influido en la decisión de fondo (§ 46 LPA).

Para determinadas infracciones de procedimiento, tales como la emisión de un acto administrativo sin la necesaria motivación (exigida por el § 39 LPA), existe la posibilidad de una subsanación posterior (§ 45 LPA). Las actuaciones necesarias para ello pueden llevarse a cabo hasta el momento en que concluya el procedimiento para la resolución de un recurso que se haya podido interponer (§ 45, apartado 2 LPA).

La cuestión de la validez de un acto administrativo no está, por tanto, vinculada a la de su conformidad a Derecho sino exclusivamente a la de su eficacia.

5. La anulación de los actos administrativos

Independientemente de que haya adquirido eficacia, la autoridad podrá revocar solamente en circunstancias especiales un acto administrativo ya decretado.

j) Criterios de diferenciación en relación a la anulación

En lo referente a la anulación de actos administrativos se distingue en primer lugar entre la revocación de actos administrativos conformes a Derecho y antijurídicos. Dentro de todos estos se hace a su vez otra distinción según el carácter del acto administrativo, en el sentido de si éste ha tenido efectos gravosos o favorables para el destinatario.

Ambos aspectos han de evaluarse a la luz del principio de protección de la confianza legítima que se deriva directamente del principio del Estado de Derecho. En principio, un acto administrativo crea una situación jurídica en la cual el afectado puede confiar, lo que también viene exigido por el imperativo de seguridad jurídica. Esto es así con más fuerza si cabe en el caso de un acto administrativo firme respecto de otro que todavía no haya alcanzado firmeza, pues en relación a este último cabe todavía la posibilidad de que sea revocado en caso de que se interponga un recurso.

El grado de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima puede valorarse de manera distinta para un acto administrativo antijurídico que para uno conforme a Derecho. Obviamente supone una diferencia de grado para el afectado el que se trate de anular un acto administrativo con efectos favorables o gravosos.

De hecho, el legislador ha adoptado esta diferenciación, inicialmente elaborada por la jurisprudencia y la doctrina, regulando expresamente en los §§ 48 y 49 LPA las posibilidades de anulación, que se incluyen entre los principios generales del Derecho Administrativo general alemán.

k) La anulación de actos administrativos antijurídicos

En el § 48 LPA se regula la anulación de un acto administrativo antijurídico. El momento decisivo para valorar la conformidad a Derecho del acto administrativo es el momento en que fue adoptado. Esta forma de anulación de un acto administrativo es denominada por el legislador “retirada” (*Rücknahme*) de un acto administrativo. En el § 48, apartado

1, frase 1 LPA se establece, en primer lugar, el principio de que un acto administrativo (inicialmente) antijurídico puede ser anulado en cualquier momento. Esto es consecuencia del principio constitucional, ya mencionado anteriormente, según el cual la actuación administrativa ha de ajustarse siempre a la ley y al Derecho. Un acto administrativo antijurídico infringe por su propia naturaleza este principio, por lo cual, en esencia, ha de poder ser corregido en todo momento. Sin embargo, a este principio de sujeción de la actuación administrativa a la ley puede oponerse el principio de seguridad jurídica o de protección de la confianza legítima, igualmente desarrollado a partir de la Constitución, en concreto del principio del Estado de Derecho. Según este principio, cada ciudadano ha de poder confiar en que ha sido tratado por el poder estatal de acuerdo con la ley y que podrá así mantener, también de hecho, la posición jurídica que le ha sido otorgada por este tratamiento.

Por su propia naturaleza, este conflicto entre el principio de sujeción de la actuación administrativa a la ley y el principio de protección de la confianza legítima se presenta ante todo cuando debe ser anulado un acto administrativo antijurídico pero con efecto favorable. Por ello se imponen en el § 48, apartados 2 a 4 LPA ciertas restricciones a la posibilidad de anular actos administrativos que han de ser examinadas en el caso de que se pretenda anular un acto administrativo con efecto favorable (§ 48, apartado 1, frase 2 LPA). Estas excepciones toman en cuenta, entre otras, las circunstancias especiales bajo las cuales el interesado ha adquirido la posición jurídica que en el fondo es contraria a Derecho. De este modo, en el caso de soborno (§ 48, apartado 2, frase 3, número 1 LPA) no existe, por mandato legal, confianza en la eficacia de un acto administrativo antijurídico.

En el procedimiento de anulación presenta el principio de protección de la confianza legítima otra vertiente relacionada con el límite temporal para la anulación. De acuerdo con ello, la autoridad solamente podrá anular el acto administrativo en el plazo de un año desde que se tenga conocimiento de los hechos que motivan su antijuridicidad (§ 48, apartado 4, frase 1 LPA). Además, y bajo ciertas circunstancias, el interesado que confía en la eficacia del acto administrativo podrá exigir una compensación financiera por los daños patrimoniales causados por la anulación (§ 48, apartado 3, frase 1 LPA).

l) La revocación de actos administrativos conformes a Derecho

La revocación de un acto administrativo inicialmente conforme a Derecho se encuentra regulada en el § 49 LPA. En cuanto a la terminología, según la voluntad del legislador, se trata de una “revocación” de un acto administrativo. También en este caso hay que diferenciar entre si el acto administrativo en cuestión le procura al ciudadano una posición jurídica adicional (acto administrativo favorable) o si le limita (acto administrativo gravoso).

Si no se trata de un acto administrativo favorable sino de uno gravoso para el destinatario, puede en principio ser revocado libremente (§ 49 LPA). La protección de la confianza legítima, arriba mencionada, rara vez será invocada por el ciudadano que se ve limitado en virtud de los efectos del acto administrativo. Por lo tanto, el límite más importante para la admisibilidad de la revocación de un acto administrativo gravoso es la necesidad de tener que volver a dictar el mismo acto administrativo una vez que el anterior haya sido revocado (§ 49, apartado 1 LPA). Esto afecta, pues, a aquellos supuestos en los que en el momento de la pretendida revocación subsiste la necesidad originaria de una regulación.

En cambio, si se trata de un acto administrativo favorable y conforme a Derecho, por su propia naturaleza, el destinatario habrá adquirido una posición especialmente digna de protección. El principio de protección de la confianza legítima, el de reserva de ley y el principio de proporcionalidad exigen, en consecuencia, que tal revocación se admita solamente en casos muy estrictos, regulados exactamente por la ley, y que los interesados sean indemnizados por la desventaja patrimonial que eventualmente se produzca por efecto de la pérdida de confianza. Al decretar las disposiciones del § 49, apartados 2 a 6 LPA el legislador tuvo en cuenta esta necesidad. El interesado recibirá en especial también aquí una compensación patrimonial cuando podía confiar en la eficacia del acto administrativo y esta confianza era, en el caso concreto, digna de protección (§ 49, apartado 6 LPA).

6. El contrato administrativo

Aparte del acto administrativo, el contrato administrativo representa otro instrumento de la acción administrativa. La autoridad puede recurrir a esta figura cuando el destinatario de la medida que se va a decretar realmente está dispuesto a ella, con base en el elemento de

voluntariedad implícito en la celebración de un contrato. Son múltiples las ventajas de este tipo de contrato. Por un lado al asumir este tipo de vinculación contractual, el nivel de comunicación entre las partes del procedimiento administrativo cambia en el sentido de que una relación jurídica de subordinación se convierte en una relación de paridad horizontal. Por el otro lado, a través de las relaciones contractuales resulta posible eliminar o evitar con mayor facilidad dudas e incertidumbres, y se incrementa la seguridad jurídica, así como la aceptación de la actuación administrativa.

En los §§ 54 a 62 LPA el legislador ha recogido normas que representan el marco para la contratación pública en el Derecho Administrativo general. En términos generales, el Derecho contractual, que inicialmente entra dentro del ámbito del Derecho civil y, a lo sumo, del Derecho internacional, es ajeno al Derecho Administrativo. Por ello se tienen en cuenta particularidades resultantes del Derecho Público, de modo que la Ley contiene normas concretas relativas a la forma (§ 57 LPA), la nulidad (§ 59 LPA), o la adaptación a condiciones modificadas (cláusula *rebus sic stantibus*, § 60 LPA). Por lo demás, en el § 62, frase 2, de la LPA se declaran aplicables a los contratos administrativos con carácter complementario las normas del Código Civil.

El contrato administrativo tiene especial aplicación sobre todo en Derecho urbanístico. El Derecho urbanístico contiene normas jurídico-materiales para los contratos que se celebren. En cambio las disposiciones procedimentales y los demás requisitos formales para el contrato administrativo que se celebre se encuentran en la LPA, en los §§ 54 a 62 ya mencionados.

7. La distinción entre decisiones regladas y discrecionales

Cualquier exposición del procedimiento administrativo, por muy escueta que sea, resultaría incompleta sin la descripción de la diferenciación fundamental entre las dos formas distintas de la actuación administrativa, esto es, las decisiones regladas y las decisiones discrecionales.

m) Decisiones regladas

Teniendo en cuenta la doble estructura de la norma legal (supuesto y consecuencia jurídica), de cuyo conocimiento partimos en este análisis, no existe inicialmente ninguna particularidad en relación a las decisio-

nes de la Administración ordenadas por la ley. Si se cumple un supuesto de hecho en todos sus elementos, se produce la consecuencia jurídica. En el ámbito de la Administración prestacional esto conduce a una pretensión del ciudadano que ha de ser atendida por la Administración. En cambio, por lo que respecta a la Administración interventora, esto supone para la actuación administrativa la facultad de intervenir, que, a partir del principio de legalidad de la Administración, se prevé como necesaria.

En el caso ideal, por lo tanto, una simple mirada en la ley facilita la solución de un supuesto. Si la ley es clara en sus instrucciones, la Administración está obligada a atenerse a ellas y toma una decisión reglada (ligada a lo ordenado por la ley).

n) Decisiones discrecionales

Sin embargo, no es habitual en la práctica que en Derecho Administrativo cada norma jurídica ordene una consecuencia jurídica concreta, dado que las leyes solamente pueden regular supuestos generales. Precisamente en Derecho Administrativo es posible imaginar numerosos supuestos que no tendrían solución si la ley ordenase para el caso concreto una consecuencia jurídica. La Administración precisa por ello disponer de un margen de actuación, el cual, no obstante, debe ser compatible con el principio del Estado de Derecho. Ese margen de actuación conforme al Estado de Derecho lo crea el legislador al permitir en algunas normas jurídicas, a nivel de consecuencias jurídicas, la elección entre diferentes alternativas. Desde el punto de vista terminológico se le concede a la Administración la discrecionalidad para elegir entre esas diferentes órdenes o actuaciones. Por tanto, según la previsión legal de que se trate, la Administración podrá decidir si y cómo quiere actuar. La consecuencia jurídica en estos casos no se formula en el texto legal como un deber de acción (“la licencia se concederá”) sino como una alternativa de actuación (“la licencia podrá concederse”).

o) Límites a la discrecionalidad

Desde luego la autoridad no tiene completa libertad a la hora de elegir entre las posibilidades que se le ofrecen: la discrecionalidad concedida no puede, por efecto del principio del Estado de Derecho, derivar en arbitrariedad. El ejercicio de la discrecionalidad se encuentra limitado

por los derechos fundamentales (especialmente el principio de igualdad, artículo 3, apartado 1 de la Ley Fundamental) así como por principios constitucionales como el principio de proporcionalidad. Una expresión legal de estos límites se encuentra en el § 40 de la LPA, aunque esta norma ha sido formulada en términos muy generales. La teoría y la jurisprudencia han construido una amplia dogmática en cuanto a la extensión, los límites y los defectos del ejercicio de la discrecionalidad cuyo desarrollo, por su propia naturaleza, no ha concluido.

C. La tutela jurídica en Derecho Administrativo

8. La jurisdicción contencioso-administrativa

El artículo 19, apartado 4, de la Ley Fundamental establece la garantía de una tutela jurídica efectiva contra cualquier acto del poder soberano. Para la tutela jurídica contra la acción administrativa se creó en Alemania la jurisdicción contencioso-administrativa como orden jurisdiccional independiente. En principio se compone de hasta tres instancias:

En el nivel inferior, los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo de Primera Instancia (*Verwaltungsgerichte*) resuelven la mayoría de los litigios. Corresponde en especial a este nivel jurisdiccional el examen de los actos administrativos. Los *Verwaltungsgerichte* los crean los Estados Federados. Están subdivididos en Salas, las cuales, por lo general, deciden también sobre la litis. Una Sala se compone de tres jueces profesionales (un Presidente y dos Jueces Adjuntos) y, en el caso de llegar a un fallo, de dos jueces más que actúan *ad honorem*. Ante los *Verwaltungsgerichte* cada ciudadano puede asumir su propia defensa, no existe una intervención obligatoria de letrado.

En el nivel inmediatamente superior deciden los Tribunales Administrativos Superiores (*Oberverwaltungsgerichte*), que, en algunos Estados Federados (Baviera, Baden-Württemberg, Hesse), por motivos de tradición, son llamados Cortes Administrativas (*Verwaltungsgerichtshöfe*). Los Tribunales Administrativos Superiores se pronuncian en principio, como instancia de apelación, sobre sentencias dictadas por los *Verwaltungsgerichte*. En el caso de contravenciones directas de ciertas normas jurídicas, los Tribunales Administrativos Superiores son, sin embargo, competentes en primera instancia. Esto afecta concretamente al procedimiento de control de legalidad (*Normenkontrollverfahren* - § 47 de

la Ley de la Juristia Administrativa, LJA), que permite el examen de reglamentos y estatutos. Los Tribunales Administrativos Superiores son también creados por los respectivos Estados Federados. Constan de Salas, que a su vez se componen de tres jueces profesionales y dos jueces honorarios. En principio sólo los abogados pueden actuar de manera efectiva ante los Tribunales Administrativos Superiores.

En el nivel superior le compete a la Corte Federal Administrativa (*Bundesverwaltungsgericht*) la resolución de litigios. Es la instancia de casación para la revisión de sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos Superiores. Cuando se trata de la ejecución de grandes proyectos, como en el caso de la construcción de un aeropuerto, le corresponde a la Corte Federal Administrativa decidir en primera instancia.

9. La Ley de la Justicia Administrativa³

Como ocurre con cada uno de los órdenes jurisdiccionales independientes, el proceso contencioso-administrativo también cuenta con su propia regulación procesal, la Ley de la Justicia Administrativa (LJA). Aparte de regular la estructura de la jurisdicción que ha quedado expuesta, la LJA recoge todos los trámites de un proceso judicial, empezando por el planteamiento del recurso, con sus correspondientes requisitos de admisibilidad, hasta la emisión y la ejecutoriedad de las diferentes decisiones, como sentencias o autos. A continuación solamente será posible referirnos a título de ejemplo a algunas de las particularidades del proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa según la LJA.

10. El procedimiento previo extrajudicial

La LPA dispone en su § 79 que la legalidad de los actos administrativos debe revisarse, inicialmente, por medio de un procedimiento previo formal, pero extrajudicial. La LJA da cumplimiento a este mandato al disponer que dicho procedimiento previo constituye un requisito para la admisibilidad de cualquier recurso contra un acto administrativo (§ 68 LJA). La autoridad superior a aquélla que dictó el acto debe controlar si ésta última decidió conforme a Derecho o no. Esta medida tiene como objetivo una reducción de la carga de trabajo de los Tribunales así

³ Para una traducción de la Ley, véase Ley de la Justicia Administrativa Alemana - Análisis comparado y traducción, Pedro Aberastury, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (Edit.), Buenos Aires 2009 (ISBN 978-950-20-1960-4).

como el autocontrol de la Administración y la maximización de la tutela jurídica del ciudadano.

Sin embargo, esta revisión solamente se lleva a cabo si el interesado, dentro de un plazo de un mes a partir de la notificación del acto administrativo (§ 70 LJA), formula por escrito su oposición al acto administrativo ante la autoridad que lo dictó. De no hacerlo, el acto administrativo cobra firmeza con el vencimiento del plazo y solamente podrá ser revocado de acuerdo con lo dispuesto en los §§ 48 y 49 de la LPA.

En caso de una oposición formulada dentro del plazo previsto, la autoridad que dictó la decisión podrá revocarla, una vez revisado el caso (§ 72 LJA). De no ser así, tendrá que remitir el expediente completo a la autoridad superior. Si ésta última confirma la legalidad del acto administrativo, emitirá una resolución acerca del recurso administrativo previo (*Widerspruchsbescheid*) que le notificará al interesado, con una motivación detallada de su decisión, así como con una indicación de los recursos que cabe interponer contra la misma (§ 73 LJA). El interesado tendrá el plazo de un mes, a contar desde la notificación (§ 74 LJA), para plantear un recurso contra el acto administrativo inicial. En caso de no interponer recurso, el acto administrativo cobra firmeza.

En los últimos años, por razones no siempre comprensibles, se está imponiendo en muchos Estados Federados la tendencia a suprimir parcial o incluso totalmente el procedimiento previo (*Widerspruchsverfahren*) del procedimiento administrativo del Estado Federado correspondiente. El legislador federal ha previsto expresamente esta posibilidad (§ 68, apartado 2 LJA). Esto es lamentable, ya que se ha comprobado que el procedimiento de oposición se había mostrado como un procedimiento de tutela jurídica extremadamente eficiente y favorable para el ciudadano. Con esto también se reducen las posibilidades de tutela jurídica para el ciudadano, ya que en este procedimiento de oposición también se examinan las decisiones discrecionales en cuanto a su conveniencia (*Zweckmäßigkeit*). Esto no es posible en el proceso judicial (véase punto 7 d, *infra*).

11. Tipos de recursos

La LJA prevé diferentes tipos de recursos, que no es posible describir en detalle en esta presentación. Merece la pena, sin embargo, referir-

nos a dos tipos especiales de recursos, con requisitos comunes, particularmente relacionados con la adopción de actos administrativos.

Si una persona afectada quiere oponerse a un acto administrativo lo puede hacer por medio del llamado “recurso de anulación” (*Anfechtungsklage*). En cambio, si se le negó un acto administrativo por él solicitado, puede hacer uso de un “recurso de imposición” (*Verpflichtungsklage*). Ambos tipos de recursos (§ 42, apartado 1 LJA) pueden considerarse, con seguridad, como el núcleo principal de la actividad contencioso-administrativa. Están sujetos a requisitos formales parecidos, aunque se distinguen, naturalmente, en la parte dispositiva de la sentencia, ya que cada uno persigue una pretensión diferente.

12. La legitimación para interponer el recurso como requisito de admisibilidad

La LJA parte del principio de que solamente tiene derecho a la tutela jurídica quien sufrió de hecho una lesión por la medida de la autoridad. Por lo tanto, nadie puede reclamar derechos a favor de otras personas (“prohibición de la acción popular”). De este modo, para todas las clases de recursos, es requisito básico de admisibilidad que el demandante afirme y razone una lesión jurídica subjetiva. Si no lo consigue, el Tribunal no se ocupará del asunto y rechazará el recurso.

Para los recursos de anulación y de imposición recoge la ley expresamente este requisito especial (§ 42, apartado 2 LJA); para el resto de los recursos se recurre a él simplemente por analogía o bien haciendo referencia a un principio general del Derecho.

La cuestión de la legitimación para interponer el recurso está dogmáticamente relacionada con el otorgamiento de derechos subjetivos. Sobre esta problemática ha cristalizado una dogmática amplia y diferenciada, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, a la que en este punto podemos simplemente hacer mención.

13. El principio de investigación de oficio como particularidad procesal

En comparación con otras normas procesales, especialmente la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Zivilprozessordnung*), el procedimiento conten-

cioso-administrativo se caracteriza por una diferencia decisiva. Mientras que en aquéllas son exclusivamente las partes del proceso judicial las que deben aportar los hechos y medios de prueba necesarios que se tomarán como base para la decisión, los Tribunales administrativos investigan de oficio todo el asunto. En este punto no están ni siquiera vinculados por los alegatos o la solicitud de prueba de las partes. En caso extremo esto puede conducir a que el ciudadano se declare en desacuerdo con el acto administrativo dictado en su contra, sin tener que motivarlo. Basta con que supere los requisitos necesarios para la admisibilidad del recurso, especialmente alegando o razonando la existencia de una lesión jurídica subjetiva. La LJA no exige obligatoriamente la motivación de un recurso. El Tribunal examinará exhaustivamente las cuestiones de hecho y de Derecho para ver si la resolución impugnada era conforme a Derecho. Si de acuerdo con su propia apreciación, el Tribunal llega a la conclusión de que ciertos hechos han de ser probados, podrá ordenar esto sin contar con una solicitud especial de las partes y podrá también practicar la prueba.

Esto conduce al final a que las vistas orales, previstas como obligatorias por la LJA (§ 101), puedan, en ciertas circunstancias, celebrarse incluso en ausencia de una de las partes y que pueda ponerse fin a continuación al asunto mediante sentencia. El principio de oralidad, por lo tanto, concede a las partes el derecho a la celebración de una vista oral pero no impide al Tribunal, por efecto del principio de investigación de oficio, fallar también en ausencia de una de las partes.

14. La densidad del control judicial en el caso del examen de actos administrativos

En principio los Tribunales administrativos deciden de forma omnicomprensiva y exhaustiva acerca de la conformidad a Derecho de la medida que se les ha sometido a examen. Esto es aplicable también al control de la conformidad a Derecho de un acto administrativo así como a su rechazo que, sin embargo, está sujeto a diferentes limitaciones en cuanto a la densidad del control.

p) Medida fundamental de control

Si un ciudadano impugna un acto administrativo dirigido a él, el Tribunal generalmente examinará de manera exhaustiva si éste era conforme a Derecho o antijurídico. Sin embargo, en el § 113, apartado 1, frase 1,

de la LJA, se prevé como requisito adicional para el recurso de anulación el que, junto a la antijuridicidad (objetiva), se haya producido para el recurrente una lesión jurídica (subjetiva). Para el recurso de imposición se aplica lo mismo (§ 113, apartado 5, frase 1, LJA). Esto parece no plantear problemas en el caso del recurso de anulación siempre y cuando el destinatario de un acto administrativo que interfiere en sus derechos lo impugne por la vía judicial. En este caso cualquier violación objetiva de la ley excluye la necesaria justificación, exigida por el Derecho constitucional, para la injerencia. El acto, por tanto, ha de ser anulado.

q) Actos administrativos con eficacia frente a terceros (*Drittwirkung*)
Este principio se ve limitado considerablemente en aquellos casos en que no es el destinatario de un acto administrativo quien lo impugna judicialmente, sino otra persona. En estos casos surge el problema de la legitimación para interponer el recurso. De hecho existen un sinnúmero de situaciones en las cuales un acto administrativo dictado a favor de un ciudadano supone una limitación de los derechos de otra persona (actos administrativos con eficacia frente a terceros). Como ejemplo clásico se puede citar una situación típica de Derecho urbanístico. Si a un solicitante se le otorga una licencia de obra (acto administrativo favorable) para la construcción de una discoteca, esto supone para los propietarios de los terrenos colindantes diferentes tipos de molestias, especialmente por el ruido que se va a producir. En este caso, un vecino podrá oponerse ante el Tribunal administrativo en forma admisible, sobre la base de la lesión jurídica subjetiva alegada (legitimación para interponer el recurso), a esa licencia de obra. No obstante, si se llega a la conclusión de que la licencia presenta defectos legales, solamente podrá ser anulada si al menos uno de estos defectos (objetivos) también lesiona derechos subjetivos del vecino. En el caso de que justamente se hayan respetado las disposiciones en materia de protección contra el ruido y tampoco se puedan detectar otras violaciones de derechos subjetivos, el Tribunal no podrá anular el permiso de obras aunque sea contrario a Derecho, ya que faltaría la lesión de un derecho subjetivo exigida por el § 113, apartado 1, frase 1 de la LJA.

r) Ausencia de la llamada “madurez para ser resuelto” (*Spruchreife*) en el caso de los recursos de imposición

El principio de separación de poderes inherente al principio del Estado de Derecho (artículo 20, apartado 2 Ley Fundamental) impone más restricciones a la facultad de control y de decisión del Tribunal.

Esto se aplica, a su vez, al recurso de imposición que se dirige a lograr la adopción de un acto administrativo. En este caso la decisión del Tribunal depende esencialmente de si en este asunto se puede adoptar ya una decisión exhaustiva. El asunto ha de estar, por tanto, “listo para ser resuelto” (*spruchreif, entscheidungsreif*). Si el Tribunal dispone de todos los hechos y el demandante cumple todos los requisitos del supuesto de hecho de la norma que fundamenta la pretensión, el Tribunal dictará sentencia estableciendo la obligación de la autoridad de adoptar el acto administrativo solicitado. Sin embargo, existen numerosos supuestos en los cuales, antes de la adopción del acto administrativo, son necesarias otras actividades (recabar el acuerdo de otras autoridades, solicitar dictámenes periciales, etc.) para que se cumplan los requisitos del supuesto de hecho de la norma que fundamenta la pretensión. En estos supuestos el asunto generalmente no está “listo para ser resuelto” por lo que el Tribunal no puede obligar a la autoridad a adoptar el acto administrativo solicitado. Además, esas actividades no pueden ser realizadas por el propio Tribunal durante el proceso porque, debido al principio de separación de poderes, carece de legitimidad para hacerlo (artículo 20, apartado 2 Ley Fundamental). Estas actividades son originariamente objeto del procedimiento administrativo y no del contencioso-administrativo. Por lo tanto, el Ejecutivo sigue siendo competente para el procedimiento administrativo incluso durante un contencioso judicial. Sin embargo, en la sentencia el Tribunal declarará la obligación de la autoridad de decidir de nuevo sobre la solicitud del demandante y de tener en cuenta entonces, obligatoriamente, el enfoque jurídico del Tribunal (§ 113, apartado 5, frase 2 LJA).

Esto es válido tanto para las decisiones regladas como para las decisiones discrecionales, siempre y cuando se refiera al ámbito del supuesto de hecho de la norma que fundamenta la pretensión.

s) Control de las decisiones discrecionales

Si en el caso de normas discrecionales se discute si la Administración ha hecho un uso adecuado de esta discrecionalidad, el Tribunal no podrá en modo alguno hacer sus propias consideraciones de oportunidad y hacerlas prevalecer sobre las de la Administración. El principio de separación de poderes limita la capacidad de examen del juez a la apreciación de si los límites a la discrecionalidad establecidos en el § 40 LPA han sido tenidos en cuenta (§ 114 LJA, véase también *supra*, punto 7 c). Sólo la constatación de una infracción de este tipo faculta al Tribunal

para anular la decisión o para condenar a la Administración a adoptar un acto administrativo.

15. Los recursos contra las decisiones de primera instancia

Según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal, la obligación de tutela jurídica efectiva contra decisiones de la autoridad que se contiene en el artículo 19, apartado 4 de la Ley Fundamental, no requiere la existencia de varias instancias. Por tanto, el Derecho constitucional no exige que las decisiones judiciales hayan de ser apelables ante otra instancia. Esta ausencia de obligación constitucional se aprovecha, también por razones económicas, para limitar cada vez más en la República Federal de Alemania el estándar de protección jurídica, antaño bien elevado. El contencioso administrativo no está exento en este sentido.

t) Apelación y solicitud de autorización de la apelación

Si antiguamente era posible examinar de nuevo y exhaustivamente todas las decisiones de un Tribunal Administrativo de Primera Instancia (*Verwaltungsgericht*) mediante apelación ante el Tribunal Administrativo Superior, hoy en día es necesario superar para ello ciertos obstáculos procesales. Es cierto que interponer recursos ante el Tribunal Administrativo Superior, en principio, sigue siendo posible. Sin embargo, esta apelación requiere una autorización especial (§ 124, apartado 1 LJA). Esta autorización la concede el propio *Verwaltungsgericht* que resuelve en primera instancia en la misma sentencia, o bien, a instancia de parte, el Tribunal Administrativo Superior.

La apelación no puede ser autorizada de forma arbitraria por el *Verwaltungsgericht*, sino que ha de darse una de las causas concretas de autorización mencionadas en la ley (§ 124, apartado 2 LJA). Si el *Verwaltungsgericht* no autoriza en su sentencia expresamente la apelación, el afectado, en un procedimiento separado, podrá solicitar, en el plazo de un mes, que se autorice la apelación (§ 124a, apartado 4, frase 1 LJA). Esta solicitud deberá motivarse, en el plazo de otro mes, ante el Tribunal Administrativo Superior. El Tribunal Administrativo Superior examinará, exclusivamente sobre la base de esta motivación, si concurren las causas de autorización del § 124, apartado 2 LJA y finalmente resolverá mediante auto sobre la autorización de la apelación (§ 124a, apartado 5 LJA).

Solamente a partir de esta autorización de apelación podrá interponerse este recurso presentando un escrito de apelación ampliamente motivado (§ 124a, apartados 1 a 3 y 5 LJA).

u) Procedimiento de casación

Finalmente, existe la posibilidad de interponer un recurso de casación contra sentencias de los Tribunales Administrativos Superiores ante la Corte Federal Administrativa (§ 132, apartado 1 LJA). De manera parecida a lo que ocurre con la apelación, la casación ha de ser autorizada en la sentencia o por medio de un procedimiento especial; en este sentido rigen requisitos similares a los de la autorización de la apelación (§§ 132, 133 LJA). Además, la casación sólo puede fundamentarse en el hecho de que la sentencia recurrida se sustenta en una violación, bien del Derecho federal (§ 137, apartado 1, número 1 LJA), bien de una disposición de la Ley de Procedimiento Administrativo de un Estado Federado que coincida con una de la LPA federal (§ 137, apartado 1, número 2 LJA). Dado que la mayoría de los Estados Federados han aprobado la mayor parte de sus leyes de procedimiento administrativo en concordancia con la LPA federal, su Derecho procesal es susceptible de fundamentar la casación. No obstante, la Corte Federal Administrativa no puede decidir acerca de la interpretación de otros preceptos del Derecho de los Estados Federados. Sobre eso tienen la última palabra los Tribunales Administrativos Superiores.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO EUROPEO (FRANCIA, ALEMANIA Y ESPAÑA) EN AMERICA LATINA CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Por Pedro Aberastury

1. Introducción

El Derecho administrativo constituye un derecho nuevo si se lo compara con el Derecho civil. Como disciplina autónoma del derecho, en cuanto reglamenta las funciones a cargo del estado, su origen se remonta a la Revolución Francesa de 1789, conforme lo sostiene García de Enterría en cuanto extiende a todo el Derecho Público contemporáneo los principios revolucionarios franceses¹. Sin embargo, no puede dejarse de mencionar que, como revolución liberal burguesa, esta reaccionó contra los principios conservadores que se encontraban principalmente asentados en la justicia por lo que, ya desde un primer momento, estos revolucionarios tuvieron en miras el evitar que los principios liberales burgueses fueran aplacados por los conservadores; es decir, propiciaron desde un primer momento que la justicia no controlara a la administración para aventar el riesgo de vulnerar los principios revolucionarios.

¹ García de Enterría, Eduardo, Derecho Público y Justicia Administrativa, en El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa, Centro de Estudios Judiciales, Madrid,1990, pág.54.

Es por ello que se dicta la ley francesa del 16-24 de agosto de 1790 que propugnó la separación de poderes, conforme las enseñanzas de Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, en cuanto el destino del hombre se vería perdido si uno solo creara la ley, la aplicara y la ejecutara² entendiendo esta división de poderes de tal forma que el juez no podía inmiscuirse en los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones al establecer la citada norma que: “*los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de su función*”³.

A partir de esta norma, resultó natural y necesario que se creara un sistema de control de la actividad de la administración, mas aún cuando todo este esquema se centró en el pasaje del sometimiento al monarca al sometimiento a una norma primigenia, y ello llevó como resultado el establecimiento de lo que hubo de llamarse Estado de Derecho.

El cambio, por tanto, se produjo reemplazando el poder omnímodo del monarca por el sometimiento a la norma por parte de toda la comunidad, incluido el poder político. La autoridad no se derivará más del Rey sino del Pueblo y esta nueva concepción es lo que marcará el nacimiento del Derecho administrativo vinculado con el surgimiento de la Revolución Francesa.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que propugna la igualdad y la fraternidad y la división de poderes, es el principio de nuestra disciplina; no es que no existieran con anterioridad distintas sistematizaciones del estado como tal, donde encontramos al Derecho administrativo como una disciplina no diferenciadas del denominado Derecho constitucional, sino de lo que se trata es que en el Estado de Derecho nos encontramos con el sometimiento del Estado, como un todo, a la norma fundamental.

Los principios generales del derecho, que son aplicables al Derecho administrativo, se afianzarán en la medida que la ciencia del derecho permita o reconozca que esta disciplina no sólo dispone la sujeción del

² *Espíritu de las leyes*, Cap 6, del libro XI.

³ Traducción del autor.

Estado al orden jurídico sino que tutela el control de los poderes del Estado que se ejercen sobre los individuos, en un todo de acuerdo con el ordenamiento constitucional de que se trate. El control del ejercicio de tales poderes, por parte de órganos independientes, constituye la médula del sistema y la existencia de un proceso contencioso administrativo, donde exista paridad de armas entre el particular y el Estado, constituye la garantía del ejercicio de este Derecho a la Tutela.

No obstante quien sea el órgano de aplicación, “puede afirmarse que la evolución del Derecho administrativo se caracterizó por la extensión de la tutela judicial y, correlativamente, por la acentuación de los caracteres jurisdiccionales del contencioso administrativo”⁴. Por ello se considera que el Derecho administrativo debe su existencia a la posibilidad de controlar los actos del ejecutivo; según el sistema de que se trate nos encontraremos ante un sistema mas o menos eficaz pero el mismo se asentará, lógicamente, en la evolución de la comunidad como tal; siempre se encontrarán criterios similares en cuanto a la finalidad de este control: otorgar al particular las seguridades jurídicas suficientes para el caso que deba enfrentarse con la administración.

2. El control jurisdiccional de la administración

El nacimiento del control de la administración, a través de una vía jurisdiccional estructurada, lo podemos ubicar en Francia a través de la creación del Consejo de Estado por la Constitución del año VIII (1800). En efecto, Napoleón creó el Consejo de Estado en base al antiguo Consejo del Rey pero, al no tener poder de decisión propio, actuará proponiendo una decisión y será el Ejecutivo quien *retenga* la posibilidad de decidir. Posteriormente, se pasará al sistema de jurisdicción *delegada*, con la ley del 24 de mayo de 1872, que reconoce y traspassa al Consejo de Estado estos poderes de decisión⁵.

Sin embargo, hasta el *Arrêt Cadot*, del 13 de diciembre de 1889, las decisiones en relación a la jurisdicción delegada eran dubitativas pues se consideraba que la competencia atribuida al Consejo de Estado debía serlo por ley expresa. A partir de este caso, se entendió que cualquier

⁴ Marín, Carmen Chinchilla, Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo cit., pág. 39.

⁵ García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1982, T. II, pág. 483.

litigio podía ser llevado ante el Consejo por lo que se reconoció al Consejo de Estado el carácter de juez de derecho común en primer y último lugar en tales asuntos⁶.

Similar proceso lo encontramos en España ya que, con las leyes del 2 de abril y 6 de julio de 1845, se crean Consejos Provinciales con jurisdicción *delegada* y un Consejo Real con jurisdicción *retenida* por lo que podemos sostener que existe un cierto paralelismo entre el sistema francés y el español pero este último, tempranamente, se diferenciará por el espíritu revisor del Consejo de Estado francés a través del ejercicio del llamado recurso de exceso de poder.

En España, la ley del 13 de septiembre de 1888, llamada Santamaría de Paredes, armonizó los criterios anteriormente irreductibles llegando a un sistema mixto asignando a los nuevos órganos creados el resolver en forma definitiva los litigios planteados y abandonando el sistema de la jurisdicción *retenida*. Este sistema estableció que el acto recurrido debía previamente encontrarse en condiciones de *causar estado*, es decir, haberse agotado la instancia administrativa, sólo revisar la actividad reglada y no así la discrecional y que se tratara de la lesión a un derecho subjetivo, estableciendo que la ejecución de las sentencias firmes se encontraba reservada a la discreción del Gobierno. Esta situación terminó de perfilarse con la sanción de la llamada Ley Maura, del 5 de abril de 1904, que creó una Sala Contencioso Administrativa en el Tribunal Supremo, superando la diferenciación anteriormente existente con la ordinaria⁷.

En Alemania, a partir de 1875, la justicia administrativa se convirtió en una jurisdicción especializada conforme el modelo Prusiano y este sistema se generalizó a todos los Länder, durante la República de Weimar (1919); destacándose que este sistema se extendió a nivel federal, a través del dictado de la Ley Fundamental de 1949 y se consagró con el dictado de la Ley de la Justicia Administrativa (VwGO) de 1960, en cuanto su art. 1º estableció: “La Justicia Administrativa es ejercida por tribunales independientes, separados de las autoridades administrativas”.

⁶ Long, M., Weil P., Braibant G. Les Grands Arrêts de la jurisprudence Administrative, Paris, Sirey, 1965, pág. 26.

⁷ Aberastury, Pedro, La justicia Administrativa, Buenos Aires, ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 5.

Conforme a estos sistemas, como pone de relieve Capitant, la distinción más importante entre estos modelos radica en que el Consejo de Estado francés ha conservado su función primitiva de consejero de gobierno, que ejerce paralelamente a su función contenciosa, conforme el sistema que se aplica en los Países Bajos, Bélgica, Italia o en Grecia. “En ciertos casos, la consulta al Consejo de Estado es obligatoria porque la Constitución o un texto de naturaleza legal o reglamentaria así lo determinan. Especialmente se trata de los casos de proyectos de leyes elaborados por el gobierno, los proyectos de reglamentos decididos en Consejo de Ministros, como así también de numerosos reglamentos administrativos o de decisiones particulares. El Consejo de Estado puede, también, dar opiniones sobre toda cuestión que el gobierno considere oportuna de transmitirle”⁸.

3. La independencia del Juzgador

La evolución de estos diferentes sistemas, que en rápido resumen se ha realizado, coloca en el centro de la discusión a la independencia de quien ejerce la función de controlar al Estado, en referencia a los agravios a los derechos que se pueden ocasionar a los particulares.

Nos encontramos con que en Francia, el Consejo de Estado, pertenece orgánicamente a la administración mientras que, en la actualidad, tanto en España como en Alemania, esta función se encuentra asignada a tribunales independientes a la administración.

Ricardo García Macho ha expresado que: “Históricamente en el contencioso-administrativo español la influencia ha procedido del Derecho francés⁹, y ello se manifiesta de forma nítida hasta la anterior Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 26 de diciembre de 1956. A partir, sin embargo, de la promulgación de la Constitución española de 1978, y de la inclusión en ésta del artículo 24, cuya inspi-

⁸ Capitant, David, Punto de vista francés sobre la ley alemana de la Justicia Administrativa (VwGO), en La Ley de la Justicia Administrativa Alemana, Aberastury, Pedro, Coordinador, Buenos Aires, 2009, ed. Abeledo Perrot.

⁹ Por todos, sobre el tema en profundidad vid. E. García de Enterría-T.-R. Fernández, “Curso de Derecho Administrativo II”, 11ª ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008, pag. 573 y ss y 598 y ss. y J. R. Fernández Torres, “La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)”, ed. Civitas, Madrid, 1998, pag. 360 y ss. En la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, la influencia francesa sigue estando presente en su articulado, como no podía ser de otro modo debido a la tradición histórica

ración en el artículo 19.4 de la ley Fundamental alemana es evidente¹⁰, se produjo un paulatino influjo de los principios que informan la Ley de la Justicia administrativa alemana de 1960 en el contencioso-administrativo español, lo que se manifiesta en la actual Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, 29/1998, de 13 de julio. El artículo 24 CE y el reconocimiento a nivel constitucional del principio del Estado de Derecho (art.1.1) marcan un antes y un después para la jurisdicción contencioso-administrativa española”¹¹.

En efecto, los países a partir de los cuales se realiza esta labor comparativa, son parte de la Comunidad Europea y deben adaptarse al marco de los tratados que la rigen. Así, el artículo 6 § 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, tuvo oportunidad de interpretar la naturaleza imparcial e independiente del Juzgador, con especial referencia al sistema francés, en cuanto al sometimiento funcional del Consejo de Estado a la Administración y por las tareas de asesoramiento que le han sido asignadas constitucional o legalmente.

Sin duda estos vínculos han podido parecer como contrarios a los principios de independencia y de imparcialidad que debe imperar en toda

¹⁰ Sobre el significado del artículo 19.4 de la Ley Fundamental y su influencia sobre el artículo 24 de la Constitución española, véase K.-P. Sommermann, “Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit”, 2ª ed. Forschungsinst. für Öffentl. Verwaltung, Speyer, 1991, pag. 11 y ss. (hay una traducción de este trabajo bajo el título “La justicia administrativa alemana”, en *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, coord. J. Barnés Vázquez, ed. Civitas, Madrid, 1993, pag.44 y ss.; J. Barnés Vázquez, “La tutela judicial efectiva en la Constitución alemana”, en *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): Estudios en Homenaje al profesor J. González Pérez*, vol.I, coord. L. Martín-Retortillo, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 431 y ss.; S. González-Varas Ibáñez, “La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania”, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 88 y ss. y R. Laza y Laza, “La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa: un problema pendiente”, en *RAP*, nº 141, 1996, pág. 289 y s.

¹¹ García Macho, Ricardo, *Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia administrativa alemana en la jurisdicción contencioso-administrativa española en La Ley de la Justicia Administrativa Alemana*, Aberastury, Pedro, Coordinador, Buenos Aires, 2009, ed. Abeledo Perrot.

jurisdicción, pero el Tribunal de Estrasburgo ha tenido oportunidad de decidir sobre el tema. Así, se puede citar el caso Procola c/Luxemburgo, del 29 de septiembre de 1955 donde se hizo lugar a la acción considerando que no se había respetado el principio tomando como argumento principal el hecho que algunos miembros que habían intervenido en la decisión recurrida habían dado, con anterioridad, una opinión consultiva. Sin embargo, tanto en la sentencia Kleyn y otros c. The Netherlands, del 6 de Mayo 2003 como en la sentencia Sacilor-Lormines c/ Francia, del 9 de noviembre de 2006 (Requete 65411/01) se consideró que la garantía de independencia se encontraba resguardada.

En efecto, en esta última, el citado Tribunal estableció los principios por los cuales se puede sostener que un tribunal es independiente a los fines del citado artículo 6 § 1, en el considerando 59, y para que ello suceda es necesario tener en cuenta el proceso de designación, la duración del mandato de sus miembros, la existencia de una protección contra las presiones exteriores y si existe una apariencia de independencia, (*Findlay c. Royaume-Uni*, del 25 de febrero de 1997 y *Brudnicka et autres c. Pologne*, del 3 de marzo de 2005).

Así, se definió a la independencia como la ausencia de un vínculo entre el poder ejecutivo y las autoridades judiciales.

En cuanto a la imparcialidad, consideró que el tema debía analizarse bajo dos aspectos: primeramente es necesario que el tribunal no manifieste subjetivamente ninguna posición ni prejuicio personal y objetivamente debe ser imparcial, ofreciendo garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima bajo este aspecto. Es decir, se sostuvo que la noción de independencia e imparcialidad se encuentran estrechamente ligadas y por ello es necesario su examen en forma conjunta. Así, la posición originaria del Consejo de Estado, en la evolución francesa, no es suficiente argumentación para sostener la falta de independencia y la inmovilidad de sus miembros es suficiente garantía para garantizar la autonomía de la decisión ya que el principio de separación de poderes no se trata de una cuestión determinante para resolver la cuestión (*Pabla Ky c. Finlande*, del 22 junio 2004).

En síntesis, en el precedente comentado se sostuvo que la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado Francés no constituía una violación al principio establecido en el artículo 6 § 1 de la Convención.

Así, el dictado del decreto del 6 de marzo de 2008, en cuanto produjo modificaciones en la organización del Consejo de Estado francés trajeron el respeto al mencionado precedente en tanto se establece el reemplazo de la persona que ha intervenido, ejerciendo otras funciones en el caso, no puede intervenir en la decisión de los asuntos contenciosos conforme el Código de la Justicia Administrativa en R. 122-21 y 122-21- 1 y 2).

4. La tutela judicial efectiva

El artículo 19.4 de la ley Fundamental alemana establece que toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, puede recurrir a la vía judicial contra todo acto del poder público¹². Asimismo, el art. 24.1 de la Constitución española de 1978, prevé que toda persona tiene el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Si a estos preceptos le adicionamos el art. 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos podemos considerar que en estos países rige el principio del derecho a la tutela judicial efectiva.

El principio de la tutela judicial efectiva como instrumento de acceso a un tribunal de justicia, independiente e imparcial, constituye un derecho que se encuentra establecido en los ordenamientos constitucionales modernos ya sea expresa o implícitamente reconocido. Podemos conceptualizar a los “derechos” como aquellos que constituyen las libertades públicas aseguradas a los ciudadanos y habitantes¹³ y a las “garantías”¹⁴ como todas aquellas herramientas de protección de los derechos y libertades.¹⁵

¹² Pielow, Johann-Christian, *El acceso a la justicia administrativa en Alemania*. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2004. Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Pág. 22.

¹³ “Tres categorías de derechos: los derechos de primera generación fueron y continúan siendo los clásicos derechos civiles y políticos y los de tercera generación son los derechos sociales, económicos y culturales y en el siglo XX también se enmarcan dentro de estos últimos al derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano “podrían titularse los derechos colectivos”. Bidart Campos, Germán, Tratado...cit., Tomo I, pág. 322.

¹⁴ “El amparo constituye una “garantía en el mas estricto sentido de la palabra, es decir, como procedimientos específicos para la tutela judicial sumaria y efectiva de los derechos humanos”. Vannossi, Jorge R, *La Constitución Nacional y los Derechos Humanos*, EUDEBA, 1985, pág. 22.

¹⁵ Las Declaraciones pueden comprender Derechos y Garantías. Tal sucede con la abolición de la esclavitud, que importa una declaración, un derecho y una garantía. Los Derechos suelen ser

El constitucionalista argentino Joaquín V. Gonzalez señalaba que: “No son, como puede creerse, las “declaraciones”, “derechos y garantías”, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la nación. Los jueces deben aplicarla en plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la nación Argentina”¹⁶.

Estas declaraciones nacen de la lucha por la independencia y en todas las constituciones escritas se propone la enumeración de los derechos para poder establecer la libertad sobre regímenes despóticos o tiránicos, es “porque quieren sancionar en forma permanente y escrita las conquistas de pasadas luchas”¹⁷. Pero el problema radica en que la declaración de existencia de un derecho, en una Carta Magna, no es suficiente para posibilitar su real goce.¹⁸ Es necesario que, junto a este derecho, nos encontremos con una garantía, para que ese derecho sea respetado. Más usualmente que en otros lugares, en Latinoamérica nos encontramos con constituciones que declaran derechos pero que el pueblo no tiene acceso a la vigencia de los mismos por la falta de garantías.

Como hemos señalado, para que exista el reconocimiento de este derecho tratado, a su vez, como garantía, es necesario que quien tiene la tarea de dirimir un conflicto entre un particular y el Estado le sea reconocido dos características primordiales: la imparcialidad y la independencia.

Estas han sido conceptualizadas en el fallo del Tribunal de Estrasburgo arriba reseñado, en tanto no importando la característica constitucional que rige a determinado Estado, lo importante es no solo la

garantizados”. Antokoletz, Daniel, *Tratado de Derecho Constitucional y Administrativo*, Tomo I, 1933 ed. la Facultad, pág. 215.

¹⁶ Citado en Spota Alberto A., *Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional*, en *Revista de Derecho Procesal* 4 T.1, pág. 15

¹⁷ Gonzalez, Joaquín V, *Manual de la Constitución Argentina*, pág. 105.

¹⁸ “Ellos son, en primer lugar, derechos jurídicos, ya que están establecidos, o deben estar establecidos, por normas del sistema jurídico. Como se sabe los derechos jurídicos responden a una variada tipología que ha sido distinguida por autores como Hohfeld (Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho y del Estado*) a) Hay derechos libertades..... d) hay derechos-acciones que incluyen la posibilidad de accionar frente a algún órgano para hacer cumplir los deberes correlativos”. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho Constitucional*, ed. Astrea, 1992. cit., pág. 216.

aparición sino que el juzgador tenga las herramientas legales que le permitan soportar las presiones de la Administración ante la decisión de determinado asunto.

Si bien es recomendable, como objetivo, la independencia orgánica del tribunal de justicia administrativa de la administración, en la medida que sus integrantes puedan encontrarse libres de toda intromisión del poder del estado sujeto a su control, nos encontraremos ante un tribunal que preserva el Derecho a la tutela Judicial Efectiva. La existencia del Estado de Derecho requiere un poder judicial independiente y libre de cualquier sospecha de parcialidad.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina al afirmar que “los constituyentes que han tenido en mira al Poder Judicial, lo han querido liberar de toda presión por parte de otros poderes, para preservar su independencia”¹⁹. Esta garantía alcanza a las provincias pues la Constitución Nacional prevé que el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, se realicen en consonancia con la norma fundamental y proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (artículo 31), imponiéndoles expresamente el deber de asegurar la administración de justicia (artículo 5) y le encomienda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación su mantenimiento (artículo 116). Es decir, en toda sociedad libre es requisito que el Poder Judicial sea independiente, esto es, que el juez ejerza su función libre de toda eventualidad y/o intromisión de los otros órganos del Estado y este ejercicio es el que, en definitiva, condicionará el respeto a los derechos reconocidos²⁰.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948²¹, prevé en su Artículo 8 que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Esta evolución de las características que debe contener una justicia administrativa para que conforme al derecho a la tutela judicial efecti-

¹⁹ Fallos: 314:760 y 314:881.

²⁰ Aberastury, Pedro, *La justicia Administrativa*, cit. pág. 45.

²¹ A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71(1948).

va la encontramos en los Tratados de Derechos Humanos de los cuales han sido parte la mayoría de los países latinoamericanos. Así, lo encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²², que entrara en vigor 23 de marzo de 1976, en su Artículo 2²³.

Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁴, en el Artículo XVIII concibió al Derecho de Justicia de la siguiente forma:

“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵ dispuso la Protección Judicial”, en su artículo²⁶.

²² A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 1711 entrada.

²³ El mismo establece: Art. 2: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

²⁴ OAS Res. Xxx, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992).

²⁵ Serie sobre Tratados, OEA, No. 36,1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992).

²⁶ El art. 25 expresa: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que

De lo expuesto, cabe colegir que los ordenamientos latinoamericanos que son suscriptores de los mismos se corresponden con las características que prevalecen en el derecho europeo y, mas particularmente, en los países en los cuales se realiza el presente estudio comparativo.

Sin embargo, consideramos que en Latinoamérica, la lectura de estos principios que llevan a definir a la justicia administrativa como una justicia independiente, deben ser tratados con mayor estrictez en la medida que solemos encontrarnos con ejecutivos fuertes, donde la democracia obra, ya no como un sistema de gobierno, sino como un instrumento muchas veces justificante de una determinada modalidad del ejercicio del poder por lo que, por sí sola, no es una condición suficiente para el aseguramiento del valor justicia y el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano.

De ello se concluye que la democracia constituye el principio de convivencia igualitaria de los particulares pero este principio no es suficiente si su práctica se encuentra alejada de los principios republicanos.

Otro punto a tener en cuenta es el alcance de la revisión judicial sobre la actividad de la administración. En efecto, la competencia asignada a los tribunales de la justicia administrativa tiene diverso alcance si se trata de tribunales orgánicamente separados o no de la administración pues en este último caso, el control de oportunidad perfectamente podría ser ejercido sin que ello influya en el principio de separación de poderes.

Por otra parte si el control que realiza un juez independiente se realiza en pos de un juzgamiento de valor respecto de la actividad controlada, esta intervención según el ordenamiento constitucional de que se trate, podrá estar afectada de ilegitimidad. A su vez ello tiene directa relación con el control de la actividad discrecional de la administración y en que forma se realiza.

violan sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Es por lo expuesto que, en un principio, directamente se negaba la posibilidad de intervenir en el control de legitimidad de un derecho subjetivo otorgado en base a facultades discrecionales mientras que, actualmente, la doctrina administrativa permite dicho control en base a la aplicación de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

Así, nos encontramos con que el ordenamiento alemán asigna, por principio y sin limitación, en el art. 40.1 de la VwGO al juez administrativo el juzgamiento de todos los litigios de derecho público, salvo los constitucionales u otros que le son atribuidos a otra clase de jurisdicción y el Código francés de la justicia administrativa considera que « Los tribunales administrativos son (...) jueces de derecho común del contencioso administrativo » (art. L 211-1 CJA).

Por otra parte, la Constitución española establece, en el Artículo 117 que “ 1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” y el control que se le atribuye se encuentra establecido en el Artículo 106.1. en cuanto dispone que: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Si bien esta asignación de principios, en una primera lectura, permitiría afirmar que el control es total, tanto la jurisprudencia como la doctrina han permitido precisar los límites de la competencia atribuida al juez administrativo.

La justicia administrativa alemana dispone el control de legitimidad únicamente y la francesa es mas amplia en la medida que actúa sobre todas las consecuencias de la actividad administrativa.

Dice García Macho que “La influencia del derecho alemán en el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la evolución producida desde la anterior Ley de 1956, de carácter estrictamente revisor, a la actualmente vigente, ha sido puesta de manifiesto por el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de mayo de 1997 cuando manifiesta lo siguiente: “Es perceptible, por tanto, el tránsito moderado desde el sistema objetivo del contencioso-administrativo francés, que pone su acento en el acto –como también la LJCA vigente-, hacia un

sistema subjetivo, propio del derecho alemán, cuyo centro lo constituye la pretensión o la acción²⁷.

5. El acceso a la justicia administrativa

A. La ideología revolucionaria

El presente trabajo requiere el análisis de la influencia del llamado Derecho administrativo continental en los ordenamientos latinoamericanos. Debemos recordar que, en el Derecho Público, el desarrollo del método comparativo es más complicado pues, como lo ha afirmado el Profesor Sommermann la diferencia entre el Derecho Comparativo Privado y el Derecho Comparativo Público, es que el Derecho Público regula el orden político de la sociedad y las relaciones entre los Ciudadanos y el Estado y dentro de este aspecto, nos encontramos con que el Derecho Comparado Público hay que estudiarlo conforme la vigencia de los sistemas constitucionales de los cuales emana²⁸.

En consecuencia, cuando nos referimos a la aplicación del ordenamiento procesal de un determinado país a otro, y más aún cuando lo que se pretende es la asimilación de una institución extranjera a un determinado ordenamiento legal constitucional distinto, nos enfrentamos con una aplicación de términos que conllevan a error y, muchas veces, a un desconocimiento de la norma constitucional que rige al mismo.

La adopción de una determinada institución en una determinada época sirve a un particular interés pero la exposición comparativa de la misma permite hacer prevalecer cual ha sido su función para que el intérprete revele el motivo de su creación²⁹.

A ello se suma el problema de las terminologías jurídicas, como bien señalara Radbruch³⁰, con referencia al idioma alemán e inglés, que no pueden, bajo el principio de una traducción comprender el real significado de las instituciones o conceptos jurídicos de cada uno de los sistemas

²⁷ García Macho, Ricardo, Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia administrativa alemana en la jurisdicción contencioso-administrativa española, cit

²⁸ Sommermann, Karl-Peter, "La importancia de la comparación jurídica para la evolución del derecho público en Europa", en Investigación de derecho comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Investigaciones 3, Buenos Aires, 2005, ps. 525/547.

²⁹ Roca Sastre, Ramón M^a, Prólogo a la obra de José Puig Brutau, Estudios de Derecho Comparado -La doctrina de los actos propios, ed. Ariel, Barcelona, 1951°, pág.14.

³⁰ Radbruch, Gustav, Der Geist des englischen Rechts, Heidelberg, 1947, pág. 11.

pero que puede lograrse, no a través de una traducción sino completando el sentido del Derecho dentro de su concepción institucional³¹.

Analizaremos, entonces, desde la problemática que se vivió en la argentina las dificultades que se produjeron, a raíz de haber asimilado la influencia del ordenamiento procesal administrativo continental en la medida en que se pretendió asimilar el ordenamiento procesal francés a nuestro sistema, sin advertir que el modelo constitucional argentino se asemeja, en gran medida, a la Constitución de Filadelfia.

Asimismo, por ser un tema esencial, analizaremos desde esta óptica, como se accede a la justicia administrativa, como órgano de control de la actividad de la administración y, de esta manera poder visualizar cual de los tres sistemas (en relación a los países europeos tomados como referencia) han sido aplicados.

Es de principal importancia considerar cuál fue el espíritu revolucionario de la Revolución de Mayo en cuanto se trató del primer intento orgánico de separación de las colonias americanas al régimen imperante en la Madre Patria.

Los delegados que fueron enviados para participar en la Asamblea del Año XIII, que sesionó en la Ciudad de Buenos Aires, concurren con instrucciones expresas; asimismo, se encontraba pendiente la aceptación de la Constitución de Cadiz de 1812. Por ello, este juego ideológico tuvo especial inspiración en las luchas de la independencia a la Corona Española y en cuanto a la evolución jurídica de estos países.

Para ello deben recordarse los antecedentes de nuestro sistema jurídico, para el estudio de la evolución particular del control de la actividad de la administración³².

En la época colonial era difícil encontrar una clara diferenciación entre la jurisdicción administrativa y aquellas autoridades judiciales tendientes a juzgar sus conductas pues lo que podemos denominar autoridades ejecutivas, tales como adelantados, gobernadores, capitanes generales,

³¹ Puig Brutau, José, *Estudios de Derecho Comparado –La doctrina de los actos propios*, ed. Ariel, Barcelona, 1951º, pág.21.

³² Gauna Juan Octavio, *El proceso administrativo en el orden nacional argentino*, Derecho Procesal Administrativo 1. Homenaje a Jesús González Pérez, Dir. Juan Carlos Cassagne, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2004, pág. 29.

virreyes e intendentes tuvieron en sus manos competencia tanto administrativa como jurisdiccional, a veces ejerciéndolas por sí solos y otras veces en forma conjunta con otros órganos y tribunales³³.

Si bien existía una corriente que se enmarcaba dentro de una línea diferenciadora, tales como las leyes XXXV y XXXVIII del Libro II, título XV³⁴, coincidimos con Bosch en que no se puede advertir que existiera un contencioso administrativo refundido en la Real Audiencia. Debe recordarse que la Real Audiencia era el tribunal superior que se encontraba presidido por el Virrey y la justicia siempre se administraba en nombre del soberano, por lo que no existía una separación nítida ni formal de competencias.

Por otra parte, la Instrucción a los Regentes de 1776, donde asoman las primeras reglas tendientes a diferenciar las funciones administrativas y judiciales, no impidió que los Virreyes nombraran Oidores y que la Audiencia que éste presidiera cuidara celosamente sus funciones con lo cual, la confusión entre la función del Ejecutivo y la del Juez, continuó subsistente. No debemos olvidar que del régimen del vasallaje se pasó inmediatamente al régimen del ciudadano lo cual hizo decir a Alberdi que se trató de una reforma del régimen del coloniaje pero no su abolición³⁵ mientras que Levene³⁶ consideró que no se trataba de un derecho intermedio sino de un derecho patrio que es vertebral y formativo de una nacionalidad³⁷.

Las ideas emergentes que propiciaron la lucha por la independencia de las colonias latinoamericanas a la Corona Española propició que en el primer documento oficial revolucionario, es decir el Reglamento de la Junta Provisional Gubernativa del 25 de mayo de 1810, dado en Buenos Aires, se estableciera, en el punto VII, que sus integrantes quedan excluidos de “*exercer el poder judicial, el cual se refundirá en la Real*

³³ Bosch, Jorge Tristán, *Tribunales Judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, ed. Víctor P. De Zavalía, Bs As, 1951, pág. 49.

³⁴ Ibáñez Frocham, citado por Bosch, Jorge T., en *Tribunales Judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, op. cit. pág. 49

³⁵ Alberdi, Juan Bautista, *Escritos Póstumos*, Bs. As., 1897 t. V., pág. 109/110.

³⁶ Levene, Ricardo, *El derecho patrio argentino y la organización del poder Judicial*, en *Historia de la Nación Argentina*, 2ª ed., Vol. VII, Primera Sección, Academia Nacional de Historia, El Ateneo, Bs. As., 1950, pág. 295.

³⁷ Ampliar en *Aberastury*, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Editorial Abeledo Perrot -2001, Bs. As

Audiencia, á quien se pasarán todas las causas contenciosas que no sean de Gobierno”.

Ello generó una respuesta conservadora y originó las asonadas del 5 y 6 de abril por lo cual la Junta Conservadora fue disuelta y reemplazada por el Triunvirato.

El principio de la división de poderes fue entendido como una separación del ejercicio de la actividad jurisdiccional del Ejecutivo y el artículo 7° del Reglamento de la División de Poderes sancionado por la Junta Conservadora, del 30 de septiembre de 1811, dispuso que:

“El poder ejecutivo no podrá conocer de negocio alguno judicial, avocar causas pendientes, ni executorias, ni mandar abrir nuevamente los juicios, no podrá alterar el sistema de administración de justicia, ni conocer de las causas de los magistrados superiores, ni inferiores, ni demás jueces subalternos, y funcionarios públicos, quedando reservada al tribunal de la real audiencia ó á la comisión que en su caso nombrará la Junta Conservadora”.

Este principio aparecería en el art. 95, hoy 109, de la Constitución Argentina y los autores reconocen que este principio es totalmente original y no reconoce parangón en las constituciones y/o proyectos conocidos hasta 1853³⁸ aunque podemos encontrar sus antecedentes, también, en la Constitución Chilena de 1833 y en la de Cádiz de 1812³⁹.

También es de interés citar el artículo 9°, del citado Reglamento, que

³⁸ *“Apareció por primera vez como artículo 7° de la Sección II, llamada del Poder Ejecutivo, del reglamento de la división de poderes sancionada por la Junta Conservadora de la Soberanía de Fernando VII en el reglamento de 1811. Aparece casi con una concordancia textual, en el artículo 108 de la Constitución de Chile del 33 y en el artículo 93 del Proyecto de Alberdi. Pero en todos estos textos aparece la referencia a funciones judiciales y no jurisdiccionales de modo que lo que puede decirse de ellos es que preservaron para el Poder Judicial la decisión última en la decisión de las causas que es el texto, que es la palabra, con que aparece la competencia del Poder Judicial de la Nación en los artículos 100 y 101 de la Constitución.”* Aberastury, Pedro, *Control Jurisdiccional del Acto Administrativo, en Acto y Procedimiento Administrativo*, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, pág. 176.

³⁹ La Constitución de Cádiz, de 1812, en su artículo 243 dispone que “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos.” Ampliar en *Cassagne*, Juan Carlos, *El acceso a la Justicia Administrativa*, Conferencia pronunciada en oportunidad del Seminario Internacional de Derecho Administrativo celebrado en la Facultad de Derecho –UBA-, en 29/31 de marzo de 2004, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, ed Lexis Nexis, 2004.

establece que “*el poder ejecutivo no podrá tener arrestado a ningún individuo, en ningún caso mas que 48 horas, dentro de cuyo término deberá remitirlo al juez competente, con lo que se hubiese obrado. La infracción a este artículo se considerará como un atentado contra la libertad de los ciudadanos, y cualquiera en este caso podrá elevar su queja á la Junta Conservadora*”, estableciendo, en el artículo 1º de la Sección tercera, la independencia del Poder Judicial. Este primer plexo normativo se completa con el Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811 por el cual ningún ciudadano puede ser penado ni expatriado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal (artículo 1º).

Los ensayos constitucionales argentinos de esta primera época, tales como la Constitución de 1819 y la de 1826, previeron un Poder Judicial independiente y si bien, durante más de treinta años, el país no pudo consolidarse, los tribunales de justicia se fueron paulatinamente organizando a nivel provincial.

B. La evolución del sistema judicialista

De estos antecedentes podemos referir que la ideología dominante, que se advierte en la Constitución de Cadiz es la separación de la función jurisdiccional de la administración. Sin embargo, la evolución propia de cada uno de los países latinoamericanos se encontrará influenciada por el sistema francés y el español.

Expresa Cassagne que: “Lo primero que salta a la vista es la circunstancia que muestra que el Derecho constitucional de casi todos los países de Latinoamérica ha adoptado el sistema judicialista, tanto para la justicia ordinaria de tipo civil, comercial o penal, como para el juzgamiento de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado (contencioso-administrativo). La excepción a esta regla generalizada ha sido Colombia, que implantó la justicia administrativa sobre la base del modelo francés y la consecuente institución de un Consejo de Estado”⁴⁰.

La doctrina tuvo una gran relevancia sobre el tema ya que la cita de los tratadistas españoles y franceses es permanente. Lo importante, pues, es considerar cual fue el espíritu y/o alcance del control; o sea si prevalece un control en base a una facultad delegada o revisora y si es

⁴⁰ Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Bs As, ed. Marcial Pons, 2009, pág 66.

necesario el dictado de un acto previo y/o el agotamiento de la vía administrativa para poder ocurrir a la justicia.

Sin perjuicio de ello, el sistema judicialista lo encontramos en numerosos textos constitucionales iberoamericanos, tales como en las constituciones de Perú (art. 139), Paraguay (248), Nicaragua (art. 158), Panamá (art. 199) y Guatemala (art. 199) y, de alguna manera en un judicialismo puro, caso del art. 73 de la Constitución chilena y en nuestro art. 109 de la Constitución argentina.

No constituye una tarea sencilla diferenciar la actividad jurisdiccional de la administración, del control que realiza la justicia administrativa y un claro ejemplo de su confusión y falta de claridad lo ha sido su evolución en el Derecho administrativo argentino.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en el *leading case Fernandez Arias*, de 1960, dejó asentado que la decisión de una controversia por parte de un tribunal que no reunía la característica de imparcial e independiente a la administración no era constitucionalmente viable en cuanto se le diera carácter de decisión final e irrecurrible a su pronunciamiento.

A partir de este *leading case*, se interpretó que el acceso a la justicia debía ser pleno y conforme el considerando 19 (del voto de la mayoría) verdadero holding del fallo, la contradicción entre la actuación de la administración a través de tribunales administrativos dependientes de ella, se armonizaba con el principio de la defensa en juicio en tanto:

- a) se reconociera a los litigantes el derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios;
- b) negación a los tribunales administrativos (entendiendo a éstos como dependientes orgánicamente a la administración y constituidos por personas que no han sido designadas de la misma forma que la constitución prevé para la designación de jueces) de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial,⁴¹

⁴¹ Doctrina de Fallos: 205:17; 245: 351.

- c) el recurso extraordinario federal no satisface las condiciones anteriormente mencionadas.

A ello debe agregarse lo expuesto en el considerando 20, en cuanto se entendió que *el recurso debía posibilitar el acceso a una instancia judicial propiamente dicha*.

En consecuencia, la doctrina del caso Fernandez Arias tuvo el alcance de reconocer la legalidad de la actividad jurisdiccional del Ejecutivo en la medida que estos procedimientos y las decisiones emergentes de ella se encuentren sujetos a un control judicial suficiente, entendiendo por tal no a un mero control formal sino a que se encuentre prevista la posibilidad de que los jueces judiciales ordinarios (valga la redundancia) puedan intervenir controlando el pronunciamiento administrativo, tanto en los hechos como en el derecho aplicable.

El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, tal cual lo denominamos, no se ocupa solamente de establecer acciones de protección de los derechos constitucionales sino que, como derecho, prevé la existencia de una acción, que se inicia y se concluye sin ningún tipo de condicionamiento; es decir, se trata de la elevación de la garantía a la categoría de un derecho, interpretación avalada por la suscripción e incorporación a la carta magna de nuestro país de los tratados internacionales anteriormente referidos.

De esta manera, la sentencia comentada e Suprema de Justicia de la Nación compatibilizó el sistema de independencia del control y el sometimiento de la administración al control del Poder Judicial convalidando los procedimientos administrativos llevados ante ella.

Es oportuno, entonces, analizar someramente la evolución en tanto, en las discusiones parlamentarias que dieron lugar a la ley 48, de 1862, que estableciera la organización de la justicia federal en cuanto los legisladores argentinos debatieron las distintas posturas de la época respecto del alcance de la intervención del Estado en juicio, a pesar que el entonces artículo 100 de la Constitución, hoy art. 116, previó que el Estado pudiera estar sometido a un tribunal de justicia pero los resabios del Antiguo Regimen no permitían entender que este sometimiento a un tribunal fuera posible por lo que su solución fue resultado de una evolución jurisprudencial.

Varios argumentos fueron utilizados para adherir a una u otra postura. Los impulsores de la restricción al derecho de acudir a un tribunal de justicia lo fundamentaron, en la evolución que el tema había sufrido en los Estados Unidos, en cuanto se dejó en claro que la 11ª enmienda había prohibido las acciones judiciales contra el gobierno de la unión. Asimismo, en el hecho que en la legislación comparada no existía precedente alguno que pusiera en manos del Juez el juzgamiento de otro poder del estado.

La postura, que dio prevalencia a la tesis contraria, se fundamentó precisamente en que, si bien el modelo de nuestra Constitución era la americana, no por ello perdía originalidad al haber sido redactada atendiendo las necesidades y la cultura del país. De esta manera, nada impedía adoptar una solución distinta. En efecto, en las discusiones parlamentarias se citaron a ilustres comentaristas, tales como Story, Hamilton y Tocqueville, que adoptaron la postura que la unión podía ser demandada.

Nuestros legisladores, en un debate de gran altura, dejaron en claro, repetidas veces, que esta enmienda fue, mas que una solución jurídica una solución política, por el nivel de endeudamiento de ciertos Estados de la Unión, que habían sido objeto de demanda⁴².

Lo que se desprende de esta discusión fue que la misma no ha sido superada y permanece vigente en el Derecho administrativo argentino. En efecto, la fundamentación para negar la posibilidad de que el Estado fuera demandado se ensayó conforme a varios argumentos: a) la evolución que sufriera el Derecho constitucional americano en esa época, en la medida que se prohibió constitucionalmente que la Unión fuera

⁴² Así lo puso de manifiesto el Diputado Quintana, en la sesión del 3 de agosto de 1863. Allí expresó: "Sr. Quintana: Sr. Presidente, dictada la Constitución de los Estados Unidos, quedó establecido que la corte suprema y demás juzgados de sección debían conocer de las causas en que la Nación, o los Estados particulares fueran parte. En seguida, diversos acreedores particulares de los estados, se presentaron ante el Poder Judicial demandándolos por el cumplimiento de ciertas obligaciones, y la Corte Suprema se declaró competente para entender en esas reclamaciones. La profunda alarma que esta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basada en el tenor literal de la Constitución de los Estados Unidos introdujo en los estados particulares, movió a sancionar la reforma 11ª sacando a los Estados de la jurisdicción de los Tribunales Nacionales. De ahí, Sr. Presidente, se dedujo, y con razón, que si los Estados no podían ser sometidos como demandados ante los Tribunales Nacionales, tampoco debía serlo la Nación. Pero la verdad es que faltando la razón de derecho, de justicia o de equidad, fue necesario apelar a razones de circunstancias, a razones del momento, a razones pasajeras, como eran la conveniencia de hacer cesar la alarma que se había introducido en aquellos Estados que se veían asediados, o arruinados a consecuencia de las reclamaciones particulares".

demandada, b) la existencia, en el Derecho administrativo comparado, de tribunales administrativos donde era el propio Poder Ejecutivo que se sujetaba a lo que resolvieran estos propios órganos, pero dentro de su jurisdicción, c) la paralización a que se vería sometido.

La formulación rígida del precepto constitucional, en realidad permitió su flexibilización interpretativa atento la evolución de las costumbres y que la aceptación del espíritu democrático pudiera ser adaptado, conforme la evolución de la sociedad, lo cual permite afirmar que lúcida-mente los constituyentes no adoptaron una determinada definición que inmovilizara la solución jurídica a una situación que no permitiera su evolución, tal como sucede actualmente, donde se pone en tela de juicio aquellos reglamentarismos que impiden el acceso a la instancia judicial para demandar al Estado.

Fue evidente que existieron dos corrientes, que iban consolidándose en distintos frentes, tal cual fue la adopción del anteproyecto de Código Civil, como ley de la Nación, donde se aceptó la idea del codificador Velez Sarsfield, que propugnó *la libre demandabilidad del Estado*, al establecer en el artículo 42 del Código Civil, sancionado en 1872, que “Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes”, al no distinguir entre personas públicas y privadas.

Gorostiaga, como Ministro de la Corte Suprema de Justicia, se ocupó que el tribunal recepcionara la doctrina contraria pero no a través de la adopción de una tesis absoluta, sino estableciendo que la Nación no podía ser llevada a juicio sin su consentimiento, salvo que fuera parte actora⁴³. Así podemos citar el caso “Vicente Seste y Antonio Seguich”,⁴⁴ fallado por la Corte el 29/09/1864, donde se expresó que “El poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del gobierno de la república pues, por el artículo 86 de la Constitución, se declara que es el jefe supremo de la nación quien tiene a su cargo la administración del país”⁴⁵.

⁴³ Se trató de la tesis sustentada por Elizalde y Gorostiaga frente a la sustentada por Velez Sársfield, Quintana y García, que no culminara en la adopción de una determinada solución legal, como surge de la ley 48. –ver Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados del año 1863, I, Pag 301/

⁴⁴ Fallos: 1:322.

⁴⁵ Ha existido una polémica respecto al rol asignado a la Corte, en su primera época y al rol polí-

La explicación que se brinda en el fallo citado es que la facultad de los tribunales para hacer comparecer ante sí al poder ejecutivo, siempre que fuese demandado, a dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones y condenarlo a pagos en reparaciones civiles daría al poder judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que la constitución acuerda al jefe de la nación, apoyándose para esto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, de ese entonces, y en la conflictiva interpretación que se realizara de la Judiciary Act, de 1789, al no prever la posibilidad que los actos del poder legislativo estuvieran sujetos a revisión, entre otros, lo cual quedó totalmente superado en 1946.

Sin embargo, frente a la coexistencia en el Derecho comparado de diferentes sistemas que lograban su finalidad, mas allá de sus condicionamientos formales, la evolución de llevar a la Nación a juicio no fue una situación que claramente transitó por un solo carril y es lo que presenta, actualmente, la mayor de las dificultades.

En la Argentina, se le asignó a la división de poderes una limitación distinta a la que emanara en el Derecho continental, a partir de la ley francesa del 16-24 de agosto de 1790. Sin embargo, se produjo la confusión de ambos sistemas a través de la influencia del Derecho continental en nuestro país por lo que la discusión de la existencia de tribunales administrativos, que pudieran dictar pronunciamientos irrevisables por parte de tribunales judiciales, fue materia de debate doctrinario.

El mismo tuvo lugar respecto del alcance de los pronunciamientos dictados por los tribunales administrativos lo cual fue aclarado recién, en forma definitiva en 1960, en el precedente ya comentado “Fernández Arias c/ Poggio”⁴⁶, donde se estableció que un tribunal administrativo

tico de la Confederación de Paraná, respecto del rol protector de los intereses externos, es decir del capital extranjero –Rosa, Jose María, t.7 p. 47. Así, asombrosamente no existió en esa época ninguna incompatibilidad respecto del rol de juez y el ejercicio de funciones privadas, tal cual el caso de Gorostiaga que no solo ejerció la función de legislador en el debate de la ley 48 sino también que ejerciera el cargo de Presidente del Ferrocarril del Sur, de capitales ingleses, en forma paralela al ejercicio de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. *Pellet Lastra*, Arturo, *Historia Política de la Corte –1930-1990-*, op. Cit., pág. 32.) Sin embargo, no se encuentra ningún fallo de esa época, ni siquiera el comentado que autorice tal doctrina. En realidad se trata de una vieja polémica, entendemos ya superada, entre rosistas y urquistas.

⁴⁶ Fallos: 237: 636.

no podía dictar resoluciones que tuvieran como implicancia la definitividad del pronunciamiento, entendiéndose por tal a la falta de revisión sustancial por parte de un tribunal independiente a las partes, es decir, que la revisión del pronunciamiento debía ser pleno, a través de la posibilidad de interponer una acción, ofrecer y producir prueba y llegar a una decisión fundada donde se hiciera mérito de todos los antecedentes propuestos para llegar a la decisión.

Pero este precedente, que produjo un vuelco en el Derecho administrativo argentino, comenzó a ser objeto de nuevos embates pues, en 1960, no existía lo que se denominó posteriormente plazo de caducidad, lo cual significó en los hechos reglamentar el acceso a la justicia, de tal manera que su revisión se encontrara sujeto a los obstáculos de transitar previamente la vía procedimental administrativa.

En el ordenamiento constitucional continental, donde no se encuentra establecido el control por parte de un tribunal independiente a las partes, puede ser tenido como razonable que durante el recorrido de la vía administrativa, por inobservancia de los plazos a los cuales se encuentra sujeto el particular, los mismos produzcan, en un determinado momento, el consentimiento de lo actuado ante esa sede por inobservancia del procedimiento establecido, pero lo que considera razonable un determinado ordenamiento constitucional no puede ser adaptado sin más a otro sistema, donde la suerte de la supervivencia del mismo está planteado en la división de poderes y donde se le otorga al Poder Judicial la función de controlar lo que realizan los restantes.

Si lo que se pretende es evitar la revisión de lo actuado en sede administrativa por un órgano ajeno a ella, evidentemente la rigidez legal emanada de la ley francesa de 1790, que posibilitó que la división de poderes fuera entendida como una prohibición totalmente rígida para el Poder Judicial, de incursionar sobre materias que se encontraban a cargo del Ejecutivo, será coherente asignarle ese carácter pero se considera que ninguna norma reglamentaria puede abolir una garantía constitucional tan fundamental como lo es la defensa en juicio establecida en nuestra Ley Fundamental.

El contencioso administrativo se presentó como un sistema confuso en la Argentina porque la división de poderes propugnada por Montesquieu, para evitar que los gobernantes se alzaran con todo el poder y que fuera

entendida de manera distinta por la doctrina francesa y la doctrina norteamericana, va a influir, en gran medida, en la evolución de controlar a los actos del Estado pero siguiendo una finalidad que tergiversaría su espíritu, y la denominación dada a esta competencia fue lo que alentó la confusión, se trata de dos ordenamientos constitucionales distintos, cuya aplicación genera contradicciones imposibles de salvar⁴⁷.

Debe tenerse en cuenta que el régimen tajante de división de poderes, en el sistema francés, se expresó de esta manera para evitar que por una cuestión sociológica, el poder judicial como órgano conservador pudiera enfrentar al poder ejecutivo y anularle sus decisiones, situación que se fue uno de los motivos determinantes de la asunción, en nuestro país, del Triunvirato, en 1811. Por eso, en Francia, se organizó el contencioso administrativo con tribunales administrativos para controlar al poder ejecutivo y a partir del arrêt *Blanco*⁴⁸ resultó que toda causa contenciosa administrativa iba a ser juzgada por un tribunal administrativo y toda causa civil iba a recaer en el poder judicial. Esta demarcación nos influenció porque en el código contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, de principios del siglo XX, en el cual a Varela se le encomendara su redacción, consideró que la Suprema Corte provincial, como tribunal originario, sólo le debían llegar las causas objetivamente administrativas mientras que las civiles debían derivarse a los tribunales de justicia de primera instancia⁴⁹.

La tergiversación tuvo lugar en la medida que, en base al Derecho administrativo francés, se posibilitó admitir, luego de *Fernández Arias*, que la revisión de lo actuado tuviera lugar únicamente a través del agotamiento de la vía administrativa, conforme el modelo español, pero asignándole a este paso no sólo el carácter de ineludible sino también que este paso pudiera ocasionar la pérdida del derecho a solicitar el control judicial en caso de no respetarse los breves plazos de impugnación que contienen las normas procedimentales que deben recorrerse ante la propia administración.

⁴⁷ Fiorini, Bartolomé A., "Que es el contencioso", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1965, pág. 114, 137, y 138-139.

⁴⁸ Luchet, Just, *L'Arrêt Blanco – La Thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État*, Recueil Sirey, 1935, Paris, pág. 133 y ss.

⁴⁹ Aberastury, Pedro, *Ejecución de Sentencias contra el Estado*, ed. Abeledo Perrot, 2001, Bs As, pág. 30

C. El acto previo como vía de acceso

Hemos expuesto que en el Derecho administrativo vigente en los países continentales tomados para el análisis comparativo, se torna necesaria la emisión, por parte de la administración, de un acto administrativo; es decir, este acto previo es esencial para la apertura del control de la actividad de la administración y, aunque la regla puede merecer excepciones, desde un punto de vista general este es el sistema institucionalizado.

En la Argentina, igualmente, se puede afirmar que, ordinariamente, las acciones judiciales dirigidas contra la administración llevan insitas un previo tránsito por la administración, como requisito de procedencia, que fuera establecido en la ley de demandas contra la Nación Nro 3952 del año 1900.

Este previo tránsito ha ido evolucionando y, a partir de 1972, se considera que este previo tránsito sólo se agota en la medida que sea un funcionario con una calidad relevante el que emita la última decisión, a los efectos que el particular tenga expedita la vía judicial tanto en la denominada vía reclamatoria, donde se persigue el cobro de una suma de dinero derivado de un hecho administrativo como en la vía recursiva, que trata la anulación del acto administrativo.

La ley de Procedimientos Administrativos Nacional N° 19549, de 1972, en su artículo 23, inciso a), lo ha denominado agotamiento de la vía administrativo tomado de la LJCA española de 1958, en cuyo artículo 37 se establece que los actos, para que sean impugnados en sede contencioso, no deben ser susceptibles de ulterior recurso ordinario en sede administrativa.

Estas circunstancias permiten determinar la existencia de 2 momentos:

- a. La necesidad de una decisión por parte de la administración, previa a la interposición de la acción judicial.
- b. El requisito que un funcionario, con competencia suficiente, sea el que emita la decisión.

En el sistema actualmente vigente, nos encontramos con que, tanto la legislación provincial como la nacional argentina requieren la existen-

cia de una decisión previa a efectos de accionar contra el Estado. Ello se ha debido a la influencia que ha tenido el Derecho administrativo continental, principalmente del derecho francés y el español, en nuestro país, sin deslindar lo que podía ser aplicable o no a nuestro sistema jurídico. Esta influencia se ha sentido en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, tales como los de México, Uruguay, Brasil, Colombia, entre otros.

Pero este trasvasamiento de ordenamientos, sin filtros adecuados, muchas veces ha conspirado con la idiosincrasia de cada uno de estos países, y en la Argentina ha producido, a mi entender, un perjuicio muy grande a la tutela de los derechos receptados en el ordenamiento constitucional por aplicar, sin más, ordenamientos foráneos que en el país de origen pueden funcionar eficientemente⁵⁰ por razones culturales o de educación.

Dentro de este esquema, el método comparativo permite comprender el punto de vista ajeno, y dentro del estudio del derecho nacional permite percibir las líneas de estudio, que diferencian las normas o instituciones accidentales de aquellas que pueden ser consideradas como permanentes.

Mas allá de las críticas que pueden argumentarse contra el sistema de la emisión de una decisión previa y, el agregado, del agotamiento de la vía administrativa, podemos afirmar que las dificultades de controvertir por parte de un tribunal independiente la decisión de la administración no es una cuestión privativa del derecho argentino sino que resulta de una evolución y sin dejar de reconocer la existencia de precedentes que permitían imputar conductas al Estado para solicitar su reparación, el análisis se centra en la posibilidad de controvertir el dictado de un acto administrativo y los medios de acceso a la jurisdicción.

El procedimiento administrativo se presenta como una herramienta

⁵⁰ Esto ha permitido afirmar, en opinión que se comparte plenamente, que: "Nuestro derecho ha sido generoso en la incorporación de teorías extranjeras de diversa procedencia. Así los tribunales federales han adoptado las condiciones generales de justiciabilidad del derecho norteamericano, incluyendo el concepto de cuestión política, cuya versión francesa, el acto de gobierno, se utiliza en ciertos códigos contencioso-administrativos provinciales. El requisito del agotamiento de la vía administrativa y los plazos de caducidad nos vienen del derecho español, mientras que para precisar los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo nuestros autores suelen recurrir al derecho italiano. Numerosos códigos contencioso-administrativos provinciales han recogido, por su parte, la estructura francesa de la separación entre el recurso de plena jurisdicción y el de exceso de poder". *Mairal, Héctor A., Control Judicial de la Administración Pública*, Volumen 1, op. cit. pág. 134.

sustancial para controvertir las decisiones de la administración. Así, a manera de ejemplo, podemos tomar el caso de México donde a través del juicio de amparo que constituye la última instancia de impugnación de los procedimientos administrativos y contencioso administrativos por actos ilegítimos de la administración pública. El requisito del juicio de amparo es la exigencia del agotamiento de la vía administrativa conforme el principio de definitividad establecido en el art. 73 de la Ley de Amparo aunque la excepción es el caso de que el acto no contenga fundamentación⁵¹. Por otra parte, en el ámbito federal, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa constituye un tribunal administrativo, independiente de la autoridad administrativa y del Poder Judicial que controla los actos de la administración.

Otro ordenamiento que se puede citar, a manera de ejemplo es la Constitución de la República Oriental del Uruguay, en la Sección XVII, denominada de lo Contencioso Administrativo, se regula el acceso a la justicia a efectos de controlar la actuación de la administración como, asimismo, los remedios procedimentales a tal fin. Esta revisión se realiza por ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (art. 307) el cual conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos⁵², cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder (Cfr. Art. 309). Se trata de un órgano jurisdiccional especializado e independiente que conoce en instancia única, donde se requiere, en cuanto al aspecto aquí considerado que se haya dictado un acto administrativo definitivo y que se haya agotado la vía administrativa, conteniendo un plazo de caducidad para el inicio de la acción de anulación⁵³.

La doctrina y la jurisprudencia han debido dilucidar la expresión “actos administrativos definitivos” a efectos de considerar la viabilidad de la pretensión procesal. Por otra parte, el artículo 312 de la Constitución establece la acción de reparación de los daños causados por los actos

⁵¹ Fernandez Ruiz, Jorge, Panorama General del derecho administrativo Mexicano, en *El Derecho Administrativo iberoamericano*, Director: González –Varas, Ibáñez, Santiago, INAP, Granada, España, 2005, pág. 460 y ss.

⁵² Entiende la doctrina que se trata del acto que se dicta resolviendo la cuestión planteada. Cfr. *Sayagués Laso*, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª, 1998, actualizada por Daniel H. Martins, Montevideo, Tomo I, pág 404.

⁵³ Delpiazzo, Carlos E., Panorama General del Derecho Administrativo Uruguayo, en *El Derecho Administrativo iberoamericano*, Director: González –Varas, Ibáñez, Santiago, INAP, Granada, España, 2005, pág. 722 y ss.

administrativos a que refiere el artículo 309, estableciendo que el actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño causado por éste.

Por otra parte, es necesario referirse al artículo 319 de la Constitución, que dispone que “La acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso administrativo, no podrá ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos correspondientes. La acción de nulidad deberá interponerse, so pena de caducidad, dentro de los términos que en cada caso determine la ley”, generándose interpretaciones diversas en cuanto a su agotamiento, habiendo la doctrina criticado el sistema⁵⁴.

Otro caso paradigmático lo constituye Paraguay, cuya Constitución de 1870 fue redactada siguiendo los lineamientos básicos de la Constitución Argentina de 1853 pero el legislador, en cuanto al criterio de control, le dio un sentido inverso a lo decidido por el constituyente pues se pretendió instrumentar un sistema híbrido, al crearse el Tribunal de Cuentas por ley del 22 de junio de 1909, en cuanto este órgano, de naturaleza administrativa funcionaba bajo la superintendencia del Superior Tribunal de Justicia⁵⁵. La recepción o influencia del sistema francés tuvo sus consecuencias en el sistema de control paraguayo, en cuanto a la posibilidad de controlar, por parte de un órgano imparcial e independiente, los actos estatales.

La Constitución paraguaya de 1992, actualmente en vigencia, introdujo importantes modificaciones al respecto ya que, en realidad, lo asimiló a un tribunal de justicia en cuanto a la Sala que le correspondía la resolución de los recursos contencioso administrativos, asimilando este término a una acción o demanda propiamente dicha⁵⁶, siendo el pronunciamiento apelable por ante la Corte Suprema de Justicia.

También podemos citar el caso del Perú, en cuanto la Constitución en el art. 148 establece un mecanismo de control judicial de la actividad de la administración por parte de tribunales independientes e integrantes

⁵⁴ Durán Martínez, Augusto, *Contencioso Administrativo*, ed. F.C.E. Montevideo, 2007, pág. 500.

⁵⁵ Peña Villamil, Manuel, *Derecho Administrativo*, ed. Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” Biblioteca de Estudios Paraguayos – Volumen 56, Asunción, 1997, Tomo III, pag. 308.

⁵⁶ Peña Villamil, Manuel, *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 573. España, 2005, pág. 722 y ss.

del Poder Judicial que requiere, igualmente encontrarnos frente a un acto administrativo definitivo y que se haya agotado la vía administrativa, causando estado, habiéndose dictado en el año 2001 la Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo Nro 27584, estableciendo un plazo de caducidad de tres meses para el inicio de la acción⁵⁷. Sin embargo, el requisito de causar estado, introducido en la constitución peruana de 1979 ha sido criticada por prestigiosa doctrina donde se considera que ello es inconveniente con relación al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva⁵⁸, poniendo de manifiesto la influencia del Derecho continental por sobre los Tratados por el autor citado.

Estos ejemplos nos permiten considerar que aún en los sistemas judicialistas puros, donde existe un control pleno de toda la actividad desarrollada por la administración, podemos afirmar junto con Cassagne, que mas allá de los ordenamientos propios de cada país, la defensa de las libertades y el aseguramiento del sistema republicano y democrático, tiene por núcleo a la independencia de los jueces como garantía de los derechos reconocidos en las declaraciones de derechos de las constituciones iberoamericanas⁵⁹.

Para concluir, entonces, la protección de las garantías se logra, además, con la reglamentación de una adecuada claridad respecto a las vías judiciales disponibles. La posibilidad de regular los aspectos aquí considerados en un Código Modelo de la Justicia Administrativa, que ha impulsado el destacado jurista Jesús González Pérez⁶⁰, es necesario para esclarecer estos temas en cuanto a los diferentes modos de acceso y las dificultades que se presentan en la práctica, lo cual ha conseguido ser superado por el sistema alemán a través del principio establecido en el art. 40.1 de la VwGO, garantizando el derecho a la jurisdicción y no colocando *numerus clausus* en cuanto a las pretensiones procesales⁶¹.

⁵⁷ Danós Ordoñez, Jorge, Panorama General del derecho administrativo en el Perú, en El Derecho Administrativo iberoamericano, Director: González –Varas, Ibáñez, Santiago, INAP, Granada, España, 2005, pág. 608.

⁵⁸ Huapaya Tapia, Ramón A., Tratado del Proceso Contencioso Administrativo, Lima, Jurista Editores, 2006, pág.439 y ss.

⁵⁹ Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Bs As, ed. Marcial Pons, 2009, pág. 75.

⁶⁰ González Pérez, Jesús, Hacia un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica, en La Justicia Administrativa en Iberoamérica, por González Pérez, Jesús y Cassagne, Juan Carlos, Bs As, ed. Lexis Nexis, 2005, pág. 61.

⁶¹ Pielow, Johann-Christian, *El acceso a la justicia administrativa en Alemania. Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2004. Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, pág. 21

6. Conclusiones

El control de la actividad de la administración en Latinoamérica, a través de un órgano imparcial e independiente, se encuentra establecido en los Tratados de Derechos Humanos arriba referidos. En general, apreciamos que el órgano imparcial de control se encuentra establecido en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos.

Sin embargo, la influencia del sistema francés y del español es indudable, en cuanto a la existencia de una vía previa procedimental para acceder a dicha vía y su resultado se demuestra en las dificultades que ha producido el requisito de la decisión previa, como una dificultad procedimental del ciudadano para sostener su Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Creemos que el presente análisis es de utilidad para demostrar que el acceso a la justicia ha sido una lucha y en nuestra Latinoamérica ello se ha visto acrecentado por el sistema presidencialista que ha determinado la existencia de dictaduras y el poco respeto a la actividad de control. En aquellos países que se encuentran asistiendo a procesos democráticos duraderos, como en la Argentina, mas allá del acierto o error de sus regímenes jurídicos, cuya apreciación siempre es subjetiva, nos encontramos con que el problema no reside en la reglamentación en sí misma sino en las dificultades que representan para el ciudadano común su comprensión para lograr que un órgano independiente controle la actividad de la administración.

Un determinado sistema puede funcionar adecuadamente en un determinado país y no así en otro, por lo que las influencias del Derecho administrativo de los países continentales, motivo del análisis comparativo que se ha realizado, debe efectuarse con los filtros adecuados y con las adaptaciones correspondientes a los ordenamientos constitucionales que los rigen. Esta problemática es propia del Derecho Público y la evidencia de las dificultades de acceso a la instancia independiente de control es indudable.

Se debe, entonces, bregar por el cumplimiento de la finalidad de los Tratados de Derechos Humanos en cuanto el acceso a la justicia debe ser rápido y eficaz. Sin una clara regulación de esta garantía los derechos reconocidos en los ordenamientos constitucionales se transformarán en declamaciones sin efectividad alguna.

LAS PARTICULARIDADES DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por Jorge Elías Danós Ordóñez

TEMARIO: El Objeto de la enseñanza del Derecho Administrativo; los Fines de la Enseñanza del Derecho Administrativo; Las particularidades de la disciplina que influyen en la enseñanza; Las trascendencia de la protección del interés general en la enseñanza del Derecho Administrativo; El manejo de las Fuentes del Derecho Administrativo; La importancia de los Principios Generales; El conocimiento de los fundamentos constitucionales; Conocer la organización administrativa; Entender las distintas manifestaciones de actuación de la administración pública; El Derecho Administrativo como un derecho de conceptos; El carácter histórico y nacional de las construcciones administrativas; La movilidad acuciante de la normativa administrativa; El rol del Derecho Administrativo como articulador de prerrogativas y garantías; Las diferencias entre el Derecho Administrativo general y el especial; El énfasis en la regulación de las actividades económicas.

Cuando la Fundación Adenauer tomó contacto para encomendarme escribir sobre el tema de este trabajo para ser publicado en el presente colectivo adopté la tarea con bastante entusiasmo por dos razones: en primer lugar porque creo que es sumamente valioso que las actividades de la citada Fundación en el área de fortalecimiento democrático tradicionalmente dedicados a la difusión de la temática del Derecho Consti-

tucional se extienda para abarcar las citadas materias desde la perspectiva del Derecho Administrativo, lo que permitirá obtener un acercamiento más completo sobre el funcionamiento del Estado de Derecho y los medios administrativos para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de las personas. En segundo lugar porque intuía que la elaboración de este trabajo me permitiría reflexionar y, por supuesto, poner en orden mis ideas sobre lo que debería constituir los fines, el objeto y los contenidos que deben formar parte de la enseñanza del Derecho Administrativo, tomando en cuenta la experiencia acumulada en las aulas universitarias y los cambios operados en el ordenamiento jurídico – administrativo durante las dos últimas décadas.

En función de la temática asignada por los organizadores de este libro colectivo tengo a mi cargo la exposición de lo que considero son las particularidades de la enseñanza en concreto del Derecho Administrativo. En tal sentido debo advertir al amable lector que conforme al encargo recibido tengo planificado centrarme en lo que puede tener de específico la docencia en la disciplina del Derecho Administrativo, por dicha razón voy a prescindir de tratar acerca de los métodos de enseñanza del Derecho en general, tema sobre el que existe abundante bibliografía (extranjera y nacional)¹ y debate doctrinal, porque en su lugar voy a partir de una determinada metodología de enseñanza sin profundizar en consideraciones técnicas sobre la misma, basándome en mi experiencia docente, es verdad que en gran parte moldeada por las exigencias derivadas de los estándares que requieren los Centros de Estudios en los que desarrollo mi principal actividad académica, (la Facultad de Derecho y la Escuela de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

El Objeto de la enseñanza del Derecho Administrativo

La determinación de la relación de materias que requieren ser desarro-

¹ Entre la bibliografía general sobre la enseñanza del Derecho puede revisarse: el colectivo “La enseñanza del Derecho”, edición a cargo de Francisco J. Laporta, publicado por la Universidad Autónoma de Madrid y el BOE, Madrid 2003; también el colectivo compilado por Martín Bohmer “La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía”, de la Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Gedisa, Barcelona, 1999, respecto de obras específicas sobre la enseñanza del Derecho Administrativo aparte de las que se citan en este trabajo encontramos a Jesús González Pérez “El método en el derecho administrativo”. RAP N° 22, 1957, pg. 11 y ss.; Francisco González Navarro “Derecho Administrativo Español”, Tomo 1, EUNSA, Pamplona 1993, y Agustín Gordillo “El Método en Derecho”, Civitas, Madrid 1998.

lladas constituye sin lugar a dudas uno de los tres principales ejes que caracterizan lo que podemos denominar las particularidades de la enseñanza del Derecho Administrativo. Para dicho fin es necesario delimitar el objeto de la disciplina con el propósito de fijar su perímetro y contenidos, es decir se requiere determinar qué debe enseñarse y en consecuencia qué materias deben considerarse indispensables para el aprendizaje del Derecho Administrativo. Partiendo de la premisa que debido a la extensión de nuestra disciplina es difícil, sino imposible, que el profesor pueda desarrollar todo su contenido

La compleja y heterogénea realidad administrativa, entendiendo como tal no sólo al conjunto de entidades que conforman la administración pública, sino también de los diferentes marcos legales que regulan la actuación de la administración pública, la actividad de los ciudadanos y de los agentes económicos, así como las relaciones que entablan las entidades administrativas y los particulares, determina qué se deba enseñar lo fundamental, esencial ó básico (las líneas guía) de la disciplina administrativa en base a los criterios expuestos por Francisco González Navarro² que suscribimos plenamente: “...*complitud* – que no supone exhaustividad pero sí tratamiento de todos los aspectos esenciales de la disciplina-, *claridad* -que implica la exposición ordenada de las ideas. Evitando, en lo posible, anticipar cuestiones cuyo tratamiento y desarrollo se hace en un momento posterior- y *síntesis* -lo que conlleva la atención a lo verdaderamente esencial, dejando de lado a lo accidental o no definitorio”.

Los Fines de la enseñanza del Derecho Administrativo

Reflexionar sobre los fines de la enseñanza nos obliga a referirnos a que se espera que aprenda el estudiante de Derecho en general para luego singularizar en concreto lo que se espera desarrollar en el alumno que sigue los cursos de Derecho Administrativo.

En mi experiencia personal como ex - alumno egresado de las aulas universitarias hace 25 años y como docente universitario desde hace 21 años, la formación en Derecho en general tiene por misión enseñar al

² En: Derecho Administrativo Español, Tomo 1, opus cit., Pg. 604.

estudiante a comprender, a razonar para poder operar en su vida profesional con normas y conceptos jurídicos. Los años de estudio en la Facultad de Derecho sirven para la construcción de las estructuras mentales indispensables para toda persona que tenga que actuar profesionalmente en Derecho.

La finalidad de la enseñanza del Derecho es formar profesionales que conozcan los grandes lineamientos de las principales ramas o especialidades que conforman la disciplina jurídica, que comprendan los fundamentos y la razón de ser de las instituciones que estudian y que hayan internalizado una forma de razonamiento que podríamos denominar “jurídica”.

Se enseña a los estudiantes para que puedan estar en aptitud de resolver el gran número de problemas que se le presentarán en su actividad profesional teniendo como punto de partida no sólo el bagaje de conocimientos recibidos, sino también la información que podrán obtener (sobre bibliografía, fuentes del derecho, jurisprudencia, entre otros) producto de la investigación personal que realicen en base a los métodos de investigación aprendidos durante su estancia en la respectiva Facultad, de modo que dichos datos puedan ser mentalmente procesados mediante el sistema de pensamiento y de razonamiento “jurídico” aprendido durante sus años de estudiante, el mismo que progresivamente podrá sedimentarse o consolidar con los criterios “jurídicos” que desarrollará a lo largo de toda su carrera profesional.

Ahora bien, en el acápite anterior se ha señalado que la particularidad en lo que respecta al objeto de la enseñanza en el Derecho Administrativo está constituido por el conjunto de los conocimientos jurídico – teóricos básicos de la disciplina que es indispensable transmitir al estudiante como parte de su formación, materia sobre la que volveremos mas adelante.

Sin embargo como se acaba de señalar la citada formación resulta incompleta si no se le enseña al futuro jurista a aprender a razonar en derecho, es decir a tener la capacidad de operar o saber procesar mentalmente el bagaje de conocimientos recibidos para aplicarlos, teniendo en cuenta un conjunto de factores que le otorgan carácter particular a los fines de la enseñanza en Derecho Administrativo. Me refiero a la necesidad de que el estudiante no sólo conozca sino que comprenda lo que distingue al Derecho Administrativo respecto de otras ramas del

Derecho, las finalidades y la razón de ser (el por qué) de las principales instituciones que caracterizan a la disciplina, que pueda estar en capacidad de operar con un gran número de normas, de diferente jerarquía y origen, y de tratar de determinar los intereses públicos que constituyen el fundamento de las regulaciones jurídicas y por ende el criterio rector para orientar la interpretación de dichos dispositivos, materias estas específicas del Derecho Administrativo que precisamente contribuyen a formar las particularidades del sistema mental o de razonamiento “jurídico” a utilizar en esta rama del Derecho en concreto.

Los estudios en Derecho Administrativo deben estar orientados a la formación de profesionales para que en caso de que opten voluntariamente o, como sucede muchas veces, sus salidas u opciones laborales los conduzcan a desarrollarse en la citada rama del Derecho, estén en condiciones de desenvolverse ya sea cumpliendo funciones en el sector público o desde la actividad privada en sus relaciones con las entidades administrativas o en la aplicación del ordenamiento jurídico – administrativo.

Como se verá más adelante en este trabajo, la muy frecuente movilidad legislativa en esta rama del Derecho y la permanente exigencia de que el funcionamiento de las organizaciones administrativas se reformen y modernicen para satisfacer las necesidades de los ciudadanos y que colaboren en el desarrollo del país, determina que los estudios universitarios en Derecho Administrativo deban preparar al estudiante no sólo para estar en condiciones de aplicar lo aprendido (en conocimiento y habilidades intelectuales), sino también para cuestionar, adaptar, reformar o innovar el régimen administrativo vigente.³

Las particularidades de la disciplina que influyen en la enseñanza

El segundo de los tres principales ejes que en mi opinión configuran lo

³ Dice Tomas Font I Llovet en: “Enseñanza, aprendizaje y educación en el derecho administrativo”. RAP N° 153, CEC, Madrid, 2000, pg. 254.” En definitiva, el objetivo de la enseñanza en el caso de las Facultades de Derecho debiera consistir en permitir al estudiante:

- a) Hacerse una idea, poder formarse una opinión, acerca de los fenómenos sociales y políticos que regula el Derecho.
- b) Conocer *cómo* regula el Derecho dichas situaciones y comprender *por qué*.
- c) Estar en condiciones de aplicar, o criticar, dicha regulación para consolidar, o para innovar, la situación existente”.

que puede tener de particular la enseñanza en Derecho Administrativo está constituido por el conjunto de características específicas de esta rama del Derecho que la diferencian de otras ya sea porque forman parte de áreas distintas como el Derecho Privado, o incluso en relación de las otras ramas al interior del bloque de Derecho Público.

A lo largo de este trabajo describiremos en forma sintética lo que consideramos constituyen los principales aspectos que caracterizan directamente a la disciplina del Derecho Administrativo, singularizándolo respecto de otras y que requieren formar parte de la enseñanza que se imparte a los estudiantes de los respectivos cursos.

Las citadas características especiales repercuten la mayor parte de las veces en la construcción del método de razonamiento que deberá formar el estudiante para poder aprender a orientarse correctamente en esta rama del Derecho.

Las trascendencia de la protección del interés general en la enseñanza del Derecho Administrativo

El último de los tres grandes ejes que caracterizan las particularidades de la enseñanza en la rama del Derecho objeto de este ensayo lo constituye la necesidad de destacar la trascendencia del interés general como criterio rector, transversal a la mayor parte de la temática que comprende el Derecho Administrativo: constituye la misión y es el inspirador de la actuación de la administración pública, es el fundamento de las principales instituciones administrativas, permite al operador orientarse para poder interpretar adecuadamente las normas jurídico – públicas y sirve de parámetro de control de la actuación principalmente discrecional de la administración pública. Como se puede apreciar el interés general o colectivo cumple una variedad de funciones a tal grado que Mir Puigpelat⁴ llega a decir que: “El Derecho Administrativo sería el conjunto normativo encargado específicamente de la satisfacción del interés general, esto es del interés de la colectividad...” (aunque conciliándolo con los derechos individuales).

El interés general, también denominado interés público, común o co-

⁴ O. Mir Puigpelat. “El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y Constitucional”, RAP N° 162, Madrid, 2003, pg. 73

lectivo, constituye según el Profesor Meilán Gil⁵ el campo de acción del Derecho Administrativo. Las definiciones al uso del interés general lo caracterizan como el conjunto de intereses privados priorizados por los poderes públicos para la satisfacción de los ciudadanos. Por tanto corresponde a los citados poderes públicos determinar los intereses generales en función de la ideología dominante y las necesidades sociales en un momento determinado. El medio más corriente para establecer el interés general es la vía legislativa, en otras palabras debe buscarse en el ordenamiento jurídico administrativo la guía para determinar los objetivos que el Derecho Administrativo procura satisfacer por los diversos medios que tiene a su alcance. Sin embargo es indispensable advertir al estudiante que en su vida profesional comprobará que son muy escasas las veces que las normas legales contengan declaraciones que establezcan claramente los intereses generales que constituyen su soporte y objetivo y la base para su correcta interpretación. Por el contrario, la realidad con la que debe estar prevenido es que la mayor parte de de las veces las normas jurídico- administrativas legales no manifiestan en forma expresa el interés público que les sirve de fundamento, razón por la cual tendrán que descubrir por sus propios medios el interés general que se encuentra implícito o subyace en cada caso concreto a las regulaciones administrativas para poder orientar correctamente su interpretación y estar en condiciones de controlar si las entidades administrativas están actuando en consonancia.

En la enseñanza de la disciplina también deberá prevenirse a los alumnos que el interés público, no siempre es único ni tiene carácter inmutable en el ámbito del sector público, porque puede existir una pluralidad de intereses públicos, que según sostiene Luciano Parejo⁶ no necesariamente son idénticos entre sí, ni coinciden con el interés de la colectividad.

Finalmente, debe enseñarse a los alumnos que el interés general que sirve de base para la mayor parte de las instituciones del Derecho Administrativo requiere ser conciliado con los intereses de los particulares. Constituye una regla derivada de los ordenamientos constitucionales democráticos que la administración al realizar actividades, todas las cuales deben estar destinadas a la satisfacción de los intereses ge-

⁵ José Luis Meilán Gil. El proceso de definición del Derecho Administrativo. Escuela Nacional de Administración Pública. Madrid 1967, pg. 70.

⁶ Luciano Parejo Alfonso. Crisis y renovación en el Derecho Público. Palestra. Lima, 2008, pg. 65

nerales, está obligada a garantizar los intereses de los particulares; precisamente la conciliación y el equilibrio entre los interés generales y los privados constituye una de las características particulares del Derecho Administrativo.

La omnipresencia del interés general como referente teleológico de la actividad de la administración pública y que a decir de Franch i Sagner⁷ incluso “..va más allá de ser el punto de partida de las grandes nociones de Derecho Administrativo”, constituye la razón por la que a pesar de que podría formar parte de las peculiaridades de la disciplina que tienen influencia determinante en la formación de las particularidades en la enseñanza del Derecho Administrativo, consideramos que por su trascendencia en esta disciplina merece ser considerado por sí mismo como uno de los ejes que caracterizan lo que tiene de especial la formación de los estudiantes en los cursos de Derecho Administrativo.

Terminada la presentación general de lo que hemos denominado los 3 grandes ejes que permiten organizar la descripción de los elementos o factores que influyen en la determinación de las particularidades en la enseñanza del Derecho Administrativo, comenzaremos a desarrollar de manera sucinta dos grupos de temas: el primero integrado por las materias básicas, fundamentales o indispensables para el aprendizaje de la disciplina, sabiendo que debido a la gran extensión de la misma es indispensable ceñirnos al principio de “economía de la enseñanza” enunciado lúcidamente por González Navarro⁸ conforme al cual sólo debería enseñarse aquello (en la medida) que se puede aprender⁹; el segundo grupo de materias esta conformado por la relación de características especiales de la disciplina que la singularizan de otras ramas del Derecho y que tienen gran incidencia en la generación de las particularidades en la docencia en Derecho Administrativo.

⁷ Marta Franch i Sagner “El interés público: la ética pública del derecho administrativo”. En: Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, coordinado por Jorge Fernández Ruíz. UNAM. México. 2005, pg. 412.

⁸ En: Derecho Administrativo Español, Tomo 1, opus cit., Pg. 603.

⁹ Sobre el tema dice Tomás Font i Llovet: “La cuestión fundamental ha sido en primer lugar la de llegar a aceptar lo siguiente: que no todo lo que sabe el profesor de Derecho Administrativo, o que debiera saber, ha de ser objeto de enseñanza a todos los estudiantes de Derecho Administrativo. Se trata de una premisa esencial para hacer frente a las exigencias actuales del aprendizaje del Derecho Administrativo. No ha sido sencillo llegar al consenso sobre este punto...”, en: opus cit., pg. 255.

El manejo de las Fuentes del Derecho Administrativo

Constituye uno de los contenidos esenciales de la disciplina que contribuye de manera decisiva en la caracterización de las particularidades en la enseñanza del Derecho Administrativo.

El manejo del sistema de fuentes del derecho es una de las bases esenciales para una adecuada enseñanza de la disciplina. Es indispensable en primer lugar que el alumno y futuro profesional del Derecho aprenda a desenvolverse en el ordenamiento jurídico, para lo que necesita conocer el sistema de fuentes del derecho, sus fundamentos constitucionales y/o legales, la caracterización de los entes productores de normas jurídicas, partiendo de la premisa de que mientras que casi todo órgano de la administración pública puede emitir decisiones que adoptan la forma de actos administrativos con efectos vinculantes para sus destinatarios, sin embargo no toda entidad estatal tiene competencia para generar fuentes del derecho, es decir aprobar normas jurídicas.

También es importante enseñar al alumno preguntarse cual es el objeto de las normas jurídicas que suscitan su atención, determinar con que finalidad han sido dictadas (con que propósito), los antecedentes y el contexto en el cual se insertan, como se relacionan entre sí y con otras normas del ordenamiento jurídico (saber sistematizarlas) con el fin de estar en condiciones de orientarse mejor en orden a fijar el sentido de sus preceptos jurídicos, es decir para interpretarlas y llegado el caso también poder solucionar los problemas de indeterminación que se puedan generar en la aplicación del ordenamiento, tales como lagunas, contradicciones, ambigüedades y otras, para lo que se requiere apelar a los principios generales del derecho, en primer lugar a los que rigen de manera específica la disciplina, y a otros criterios y reglas generalmente aceptadas en la práctica para solucionar los problemas en la aplicación de las fuentes del derecho, tales como jerarquía, temporalidad, especialidad, etc.

Mi experiencia profesional, principalmente la referida al ejercicio de la profesión como abogado, me ha permitido apreciar el enorme valor, y por ende la necesidad de transmitir a los alumnos de los cursos de Derecho Administrativo, la importancia de aprender a desenvolverse o conocer como orientarse en el manejo del sistema de fuentes, porque en

el campo de las materias propias de la disciplina es particularmente relevante saber ubicar el bloque normativo que regula el tema que esta siendo objeto de análisis o atención¹⁰, así como poder identificar el interés público que subyace en las disposiciones de carácter administrativo que constituye su fundamento a la vez que le otorga legitimidad.

Si bien no puede afirmarse que la enseñanza de las fuentes del derecho constituya monopolio de los cursos de Derecho Administrativo, porque se trata de una materia que también es objeto muchas veces de atención en el dictado de los cursos de introducción al derecho y del derecho constitucional, entre otros, su enseñanza adquiere especial particularidad y relevancia en nuestra disciplina por las siguientes razones: (i) primero por el importante número de fuentes del Derecho productoras de normas legales que atañen directamente a la disciplina, que aprueban o generan un gran número de dispositivos legales, de naturaleza y jerarquía muy variada, buena parte de los cuales no siempre resultan articulados o concordados entre sí, situación que se agrava cuando el modelo de organización territorial del Estado contempla la existencia de instancias de poder descentralizado (caso de los Gobiernos Regionales y de las Municipalidades en el caso del Perú) con capacidad para dotarse y generar su propio ordenamiento jurídico – administrativo, que coexiste con los ordenamientos de los otros niveles territoriales de Gobierno. La complejidad del manejo de fuentes se acrecienta por la aparición de normas supranacionales creadas por Tratados Internacionales o aprobadas por organizaciones internacionales que inciden directamente en el sistema jurídico nacional, especialmente en el perímetro propio del Derecho Administrativo, como sucede con las regulaciones de campos como la propiedad intelectual, el comercio internacional, la protección de inversiones, etc.

No son pocos ni menos importantes los casos de ordenamientos administrativos sectoriales reguladores de alguna actividad económica o de un campo específico de la actividad de la administración pública, res-

¹⁰ Suscribo la afirmación de Luis Martín Rebollo: "...identificar el bloque normativo aplicable constituye la primera tarea y en muchos casos la más importante del proceso aplicativo del derecho", que considero especialmente predicable en el campo del Derecho Administrativo que se distingue por la frecuente complejidad de los marcos legales que regulan una determinada materia, en: "Sobre la enseñanza del Derecho Administrativo tras la declaración de Bolonia (texto, contexto y pretexto)". En: "La autorización administrativa, la administración electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy. AAVV, Publicación de la asociación española de profesores de derecho administrativo. Thomson Aranzadi. Madrid 2007, Pg. 216

pecto de los cuales el operador que pretenda aplicar sus normas, para poder conocer el fundamento de las mismas y adentrarse con cierta orientación en su manejo, requiere estudiar la historia de como sucedieron las modificaciones del ordenamiento legal en cuestión, es decir el contexto específico en que fueron aprobadas, porque se trata de regulaciones sectoriales construidas en base a sucesivas modificaciones que responden muchas veces a situaciones de coyuntura pero que poco a poco se van sedimentando hasta configurar un ordenamiento jurídico sectorial con perfiles propios.

La segunda razón (ii) porque el tema de la enseñanza del manejo de las fuentes del derecho adquiere especial relevancia en el dictado de los cursos de Derecho Administrativo reside en la importancia de los reglamentos para esta rama del derecho, porque a pesar de constituir fuentes secundarias son las más abundantes y regulan los aspectos centrales de los sectores del ordenamiento administrativo. La mayor parte de las veces para comprender o enterarse del régimen legal de una determinada materia o sector no es suficiente el análisis de la respectiva ley o normas con dicho rango que la regulan, mas bien es indispensable el estudio del respectivo reglamento que establece las normas de desarrollo indispensables para viabilizar la aplicación y efectividad del respectivo régimen legal.¹¹

El protagonismo (predominancia cuantitativa y cualitativa) de los reglamentos como fuentes del derecho con respecto de la ley o normas con ese rango, principalmente en las materias propias del Derecho Administrativo y en particular en las que tienen que ver con temas técnicos o con fuerte incidencia en la regulación sectorial de las actividades económicas, determina que el espacio idóneo para su enseñanza sean precisamente los cursos de Derecho Administrativo, disciplina que esta dogmáticamente en mejores condiciones que otras ramas del Derecho para poder acercar su conocimiento a los estudiantes de la carrera.

Finalmente, (iii) la enseñanza de las fuentes del derecho forma parte de las materias que le otorgan características particulares a la docencia en Derecho Administrativo porque la elevada movilidad de las normas

¹¹ Hemos desarrollado estas ideas en un trabajo anterior: “El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano”, publicado en VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2007, pg. 207

que conforman el ordenamiento jurídico de esta disciplina (tema que retomaremos al describir las particularidades de esta rama) genera la necesidad de adiestrar al alumno en el manejo de las diferentes fuentes del derecho.

La importancia de los Principios Generales

La enseñanza de los principios generales del Derecho Administrativo constituye otra de las materias que resulta indispensable para la educación de los estudiantes de Derecho en la disciplina porque contribuye decisivamente a configurar las particularidades que distinguen la docencia en esta rama.

Entendemos por principios generales del derecho a los valores fundamentales o estructurales que sirven de soporte al ordenamiento jurídico, para el profesor García de Enterría los principios “expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquéllos sobre los cuales se constituyen como tal, las convicciones ético – jurídicas fundamentales de una comunidad”,¹² al respecto Beladiez Rojo refiere a jurisprudencia del Tribunal Supremo Español conforme a la cual: “Los Principios Generales del Derecho son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica. El oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios <<informen>> y que la Administración esté sometida, no sólo a la ley, sino también al Derecho”.¹³

Los principios generales cumplen un rol trascendental para adiestrar en el alumno en el conocimiento de la disciplina porque iluminan a las normas jurídicas, las orientan y les sirven de apoyo, como señala al respecto Suay Rincón¹⁴ “trascienden de un precepto concreto, organizan y dan sentido a muchos”

En el campo específico de la disciplina administrativa la necesidad de recurrir a la utilización frecuente de los principios generales se acre-

¹² Eduardo García De Enterría. *Legislación Delegada, Potestad reglamentaria y control judicial*. Tecnos Madrid. 2da edic. Madrid 1981, pg. 32.

¹³ Margarita Beladiez Rojo. *Los principios jurídicos*. Tecnos, Madrid 1994. Pg. 40.

¹⁴ José Suay Rincón. “La doctrina de los principios generales del derecho y su contribución al desarrollo del derecho administrativo”. En: *La protección Jurídica del Ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Civitas. Madrid 1993, Tomo I, pg. 380.

cienta porque como bien señala García de Enterría: "El Derecho Administrativo, especialmente, es la rama jurídica donde confluyen normas escritas nutridas y especialmente numerosas y con frecuencia casuísticas y asistemáticas. El exceso de normas escritas en nuestro campo, su casuismo y su mutabilidad desenfrenada, hace a menudo imposible intentar buscar en ellas pautas seguras para resolver los conflictos que suscita todo caso práctico. He aquí por qué en el Derecho más superlegalizado entre todos, el legalismo positivista estricto se hace paradójicamente imposible. Esta experiencia común, ...hace especialmente oportuno en nuestro campo la técnica, bien depurada, de los principios generales del derecho..."¹⁵ La misma línea de razonamiento es expuesta por Santamaría Pastor en los siguientes términos: "...En un océano normativo inabarcable y frecuentemente disparatado, los principios generales son los únicos asideros, los únicos puntos de referencia sólidos que permiten al jurista razonar con sensatez y justicia y alumbrar soluciones progresivas y razonables en medio de un torrente de disposiciones solo preocupadas por el impacto político a corto plazo..."¹⁶

Conforme a las razones expuestas por los autores glosados, los principios generales del Derecho, con particular énfasis en el campo del Derecho Administrativo, colaboran a garantizar la seguridad jurídica porque al constituir a decir de Franck Moderne "los elementos estructuradores o condensadores de las ideas básicas del ordenamiento",¹⁷ facilitan que el operador del derecho pueda desenvolverse (orientarse) a pesar de la gran cantidad de normas legales que puedan conformar el marco legal de las diferentes áreas que forman parte del Derecho Administrativo.

Existe cierto consenso en la doctrina que los principios generales cumplen cuatro funciones o roles a saber: (i) Informadora del ordenamiento jurídico, porque constituyen las bases o fundamentos que inspiran o sustentan el sistema normativo; (ii) Interpretativa, por la cual colaboran a precisar el significado, o determinan el alcance de las normas jurídicas, así como su sentido y finalidad, de modo que como bien señala Beladiez Rojo: "...el intérprete tiene que elegir entre todos los senti-

¹⁵ Eduardo García De Enterría. Prólogo a la obra del profesor Franck Moderne Principios Generales del Derecho Público. Editorial Jurídica de Chile. 2005, pg. 14.

¹⁶ Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo. Vol I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 2002, pg. 165.

¹⁷ Franck Moderne Principios Generales del Derecho Público. Editorial Jurídica de Chile. 2005, pg. 8.

dos posibles que pueda tener un acto jurídico (normativo o no), aquel que sea mas acorde con los Principios Generales del Derecho; obligación que, si no es cumplida, podrá ser exigida jurídicamente por quien se vea afectado por el acto incorrectamente interpretado”,¹⁸ (iii) Normativa, porque a la par de contribuir a dotar de sentido a las normas jurídicas, los principios generales también constituyen parámetros para la generación de otras disposiciones legales, como la ley y el reglamento, porque recogiendo la opinión de Ortega Alvarez¹⁹ en la medida que los principios ocupan en la jerarquía de las fuentes el rango de la fuentes formal que los positiviza (puede ser constitucional, legal , reglamentario, jurisdiccional, etc.), se erigen en parámetros y guías de otras fuentes del derecho de rango subordinado; y finalmente (iv) la función Integradora, que constituye históricamente la función más tradicional de los principios generales en virtud de la cual actúan como derecho supletorio en caso de defecto o vacío de las normas jurídicas.

Conforme hemos señalado en algún trabajo anterior sobre la materia,²⁰ al interior de la propia disciplina administrativa, debido a la amplitud de los temas que abarca el Derecho Administrativo, es necesario enseñar al alumno a distinguir principios según el tipo de actuación administrativa o sectores que puede comprender (principios del procedimiento administrativo, de la contratación estatal, de los servicios públicos, de la potestad sancionadora, etc.).

El conocimiento de los Fundamentos Constitucionales

El Derecho Administrativo recibe del ordenamiento constitucional sus bases fundamentales, los principios inspiradores, criterios hermenéuticos e instituciones que enmarcan su régimen jurídico.

Por tanto uno de los aspectos centrales de la formación que se brinda a los alumnos en los cursos de Derecho Administrativo es la referida a los

¹⁸ Margarita Beladiez Rojo, opus, cit, pg. 110.

¹⁹ Luis Ortega Alvarez. “La funcionalidad y eficacia de los principios generales del Derecho”. En: Justicia Administrativa, N° 15, Lex Nova, Madrid, 2002, pg. 9.

²⁰ Jorge Danós Ordóñez. “Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo peruano”. En: AAVV Los principios del derecho administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Valladolid y Salamanca. Septiembre 2008. Colección de estudios N° 3, Junta de Castilla y León. 2008. Pg. 533.

fundamentos constitucionales de la disciplina, porque como bien señalaba Fritz Werner el Derecho Administrativo es el derecho constitucional concretizado.

Conviene tener presente que aunque la Constitución es considerada la norma superior, fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico en general y por ende de todas las ramas del derecho, incide con especial y notable intensidad en el Derecho Administrativo,²¹ razón por la cual algunos autores sostienen que en muchos países se ha producido lo que puede denominarse un verdadero “proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo”.²²

Como bien señala García De Enterría: “...por estricta necesidad técnica en el manejo del Derecho Administrativo. No es posible en el plano técnico, simplemente, manejar el ordenamiento como una unidad y, por tanto, sin la referencia constante a la Constitución, cabeza y clave del mismo. No tendría sentido posible pretender que los administrativistas debiéramos detener nuestro análisis normativo en el plano de las leyes (o quizás en el de los reglamentos), sin poder ascender al plano superior normativo, y ello porque el ordenamiento es un todo y el deus ex machina de ese todo unitario es, justamente, la Constitución”.²³

Es una práctica común en la enseñanza de los cursos de Derecho Administrativo partir de la explicación a los alumnos de los fundamentos constitucionales de las principales instituciones que caracterizan a la disciplina. Los preceptos, las reglas, principios y valores constitucionales impregnan y se proyectan en la mayor parte de los contenidos del Derecho Administrativo. En consecuencia, se requiere que los alumnos tomen conciencia de las bases constitucionales de las instituciones, conceptos, categorías y materias que son objeto de estudio porque constituyen el contexto necesario en el que deberán encontrar la guía para su interpretación y correcta aplicación.

Aunque la relación de los contenidos propios del Derecho Administra-

²¹ Rafael Gómez - Ferrer Morant. “Influencia de la constitución sobre el derecho administrativo”. RAP N° 150, CEC, Madrid, 1999. Pg.208.

²² Allan Brewer Carías. “Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del derecho administrativo en la Constitución de 1999”. V Jornadas Internacionales Allan Brewer Carías. “Los requisitos y vicios de los actos administrativos”. Caracas Venezuela. 2000, Pg. 23.

²³ Eduardo García de Enterría . La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas. Madrid . 1982, pg. 19.

tivo que reciben influencia directa de la Constitución puede ser muy extensa²⁴ y no corresponde a los objetivos de este trabajo tratarlos exhaustivamente, consideramos necesario hacer referencia a los que consideramos más relevantes y de los que por ende no se puede prescindir de su enseñanza de los cursos de la disciplina, dejando constancia de que la extensión de la citada relación dependerá a su vez del contexto constitucional propio de cada país. En tal sentido en la formación de los estudiantes en Derecho Administrativo se requiere enseñarles acerca de: (i) la proyección que tiene la consagración de la fórmula de un Estado Social y Democrático de Derecho;²⁵ (ii) la importancia de los derechos constitucionales no sólo para establecer los términos de las relaciones entre particulares y administración pública sino también para moldear el sentido (la razón de ser) y los alcances de las principales instituciones administrativas; (iii) la caracterización de la administración pública como una organización al servicio de la sociedad encargada del cumplimiento de la función de satisfacer y tutelar los intereses generales en beneficio del colectivo de ciudadanos pero también en armonía con sus derechos particulares; (iv) la organización de los poderes públicos y entidades estatales que cumplen funciones administrativas, tema que tiene muy importantes connotaciones (para el Derecho Administrativo) en los países que han optado por un sistema de organización territorial descentralizado dotando de importantes poderes a sus gobiernos territoriales (estados federales, regiones, provincias, comunidades, etc.); (v) el régimen de las principales fuentes del derecho; (vi) los fundamentos y alcances de la proclamación de un régimen de economía social de mercado, que a la par de garantizar los derechos y libertades fundamentales de los particulares en la realización de actividades económicas establece las responsabilidades y prerrogativas del Estado en orden a satisfacer el componente social de la economía de mercado; (vii) los organismos (Defensoría del Pueblo, Contraloría General, etc.) y mecanismos establecidos para el control jurisdiccional de la actuación de las entidades administrativas (proceso contencioso administrativo, proce-

²⁴ Sobre el tema dice Carmen Chinchilla Marín: “Sin lugar a dudas es en el ámbito de los contenidos del derecho administrativo donde la influencia de la Constitución se ha dejado sentir con más fuerza...” En: “Dos grandes momentos en cien años de derecho administrativo: la década de los cincuenta y la constitución de 1978”. En: AAVV El derecho español en el siglo XX. Colección Garrigues y Andersen. Marcial Pons. 2000, Pg. 62.

²⁶ Dice Iñigo Del Guayo Castiella: “...la sujeción de la administración pública a la ley y el derecho es la principal exigencia del Estado de Derecho...”. En: “Estudio Preliminar”, de la obra El Instituto Nacional de Administración Pública: cuarenta años de historia. Madrid, 2000, Pg. 47

sos constitucionales) y (viii) el contenido constitucional de diferentes instituciones administrativas respecto de las cuales los constituyentes consideraron necesario establecer sus lineamientos fundamentales, tal es el caso de: los principios básicos del régimen de contratación, estatal, de la carrera administrativa de los trabajadores del Estado, de los bienes de dominio público y los de propiedad del Estado, los recursos naturales, la expropiación, etc.

La opción constitucional por una fórmula de organización política que proclame el Estado Social y Democrático de Derecho tiene muy importantes consecuencias en el ámbito del Derecho Administrativo, porque obliga a las entidades públicas a asumir las tareas necesarias para garantizar la “procura existencial” de la población, como señala Pérez Luño: “...es decir (se) responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural...”²⁶

El énfasis tradicional que predomina en la enseñanza del Derecho Administrativo que tiende muchas veces a resaltar en exceso la visión de una disciplina propensa a asegurar el estatus de los particulares respecto de las posibles arbitrariedades de las entidades públicas, requiere complementarse con una concepción de la disciplina que preste más atención a la necesidad de garantizar la eficacia de la actuación de la administración pública con miras a la satisfacción de los intereses generales cuya protección le han sido encomendados.

Al respecto señala Montagne Plaza: “Como producto de la consagración del Estado social de derecho las administraciones públicas han cambiado su actitud <<ejecutora>> de la ley, para convertirse en verdaderos motores del desarrollo económico, en impulsoras de la justicia social, en soporte y apoyo de todos aquellos que no logran satisfacer los estándares mínimos de necesidades básicas que el mismo Estado se traza de acuerdo con la realidad que afronta”²⁷

²⁶ Antonio Pérez Luño. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 1984. Tecnos, Madrid, Pg. 224

²⁷ Alberto Montaña Plata. El concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002, Pg. 58

En el mismo orden de ideas resalta el rol que cumple el Derecho Administrativo como base e instrumento fundamental para obtener la protección y sobre todo la realización de diversos derechos reconocidos por la Constitución, pero que para hacerse efectivos en la realidad necesitan ya se trate de actuaciones directas por parte de las entidades administrativas para poder materializarse o de que se establezca un ordenamiento jurídico - administrativo que permita el ejercicio por parte de la administración pública de los instrumentos que le confiere el Derecho Administrativo (poder de policía administrativa, potestad sancionadora, etc.) para poder asegurar la protección de los mencionados derechos constitucionales.

Es importante referir que autores como Schmidt – Assmann ponen en evidencia que la colaboración entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo no se circunscribe a un rol meramente orientador que el primero puede determinar sobre la disciplina administrativa, estableciendo su marco de encuadre y las posibles líneas para su evolución con el fin de que pueda responder satisfactoriamente a las nuevas situaciones y escenarios de riesgo que pueden presentarse en la sociedad, porque la relación entre ambas disciplinas es mas bien de carácter bidireccional, es decir de alimentación e influencia recíprocas.²⁸ Dice Schmidt – Assmann: “.....el Derecho administrativo también ejerce su influencia sobre la dogmática y la evolución del Derecho constitucional. Desde un punto de vista histórico, son numerosas las instituciones jurídico-administrativas que, habiendo nacido en la Parte especial, han sido ulteriormente incorporadas a la Constitución (el principio de proporcionalidad constituye un ejemplo paradigmático) y que hoy han adquirido carta de ciudadanía como principios constitucionales. Desde la perspectiva aplicativa y de la práctica jurídica, el Derecho administrativo representa el campo de verificación y experimentación del Derecho constitucional, es decir, donde han de contrastarse y ponerse a prueba los nuevos conocimientos, las reformas y los cambios; el lugar de encuentro y de confrontación de los criterios de actuación. La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales.....”²⁹

²⁸ Conforme a la reseña que realiza Luciano Parejo Alfonso. Crisis y renovación en el Derecho Público. Palestra. Lima, 2008, pg. 36.

²⁹ Eberhard Schmidt – Assmann. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Marcial Pons. Madrid. 2003, Pg. 17.

Un último tema merece ser resaltado en referencia a la enseñanza de las bases constitucionales como una de las materias indispensables que otorgan perfiles particulares a la docencia en Derecho Administrativo, se trata de la importancia de referir a los alumnos la jurisprudencia constitucional, porque como se sabe en los países en los que se confiere a las instancias jurisdiccionales comunes (mediante el control difuso en manos de los jueces) o especiales (a través de cortes, consejos o tribunales constitucionales) velar por la conformidad de las leyes al ordenamiento constitucional y la protección de los derechos fundamentales, la interpretación que realizan mediante su jurisprudencia se erige en muchos casos en la referencia más calificada para determinar los perfiles del marco constitucional de importantes instituciones y sectores del ordenamiento administrativo, lo que determina que hoy en día para los operadores del Derecho Administrativo sea indispensable conocer y saber como poder acceder a la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Conocer la Organización Administrativa

Otro de los temas que configuran las particularidades de la enseñanza en Derecho Administrativo lo constituye el aprendizaje de los aspectos centrales de la organización administrativa.

Ahora bien mi experiencia personal en la docencia me ha llevado al convencimiento que la enseñanza de la organización administrativa a los alumnos de los primeros cursos de la disciplina en la Facultad no es fácil, porque es una materia que les puede parecer particularmente densa, menos cercana a su experiencia vital y que describe una visión estática de la estructura administrativa. Abona a esta dificultad el hecho de que en la mayor parte de los casos casi no tienen conocimiento personal y menos jurídico de las entidades administrativas. Si han seguido previamente el curso de derecho constitucional sólo adquieren nociones generales de la organización de los poderes del Estado y tal vez de algunos organismos constitucionales, pero no los fundamentos y principios que estructuran el complejo entramado que conforma el aparato organizativo de la administración pública, el cual sólo les puede ser explicado precisamente en sus cursos de Derecho Administrativo.

Sin embargo, la enseñanza acerca de cuales son y como se organizan las entidades administrativas, ya se trate bajo formas públicas o privadas, es indispensable para poder entender buena parte de los principa-

les contenidos formativos de la disciplina, especialmente los que son materia de los primeros cursos, también conocidos como la parte general del Derecho Administrativo.

El tipo de organización territorial del Estado (unitario, descentralizado, federal), los niveles de gobierno territorial (nacional, estatal o regional y municipal), las clases de entidades (ministerios, organismos públicos, reguladores, empresas estatales, etc.) y los órganos que los conforman, las modalidades de organización empresarial del Estado y la configuración de entidades estatales bajo formas privadas con el objetivo no siempre confeso de independizarlas de los controles públicos, constituyen algunos de los temas desde el punto de vista subjetivo que deben ser abordados en los cursos de la disciplina, además de enseñar acerca de las reglas básicas de organización al interior de las citadas entidades (las diferencias entre órganos de dirección, de apoyo, de línea, etc.) y sus formas de relación interorgánicas (ejercicio de competencias compartidas, concurrentes, convenios de colaboración, etc.).

Por ello es útil que el alumno pueda aprender las diferencias entre las organizaciones públicas y las privadas, para que pueda distinguir tanto los elementos como los caracteres específicos de las públicas, a fin de diferenciarlas de las privadas, en sus principios y estructuras como en su gestión o decisión.³⁰

Es indispensable enseñar a los alumnos acerca de los principales principios ordenadores de la organización de la administración pública (competencia, jerarquía, coordinación, desconcentración, descentralización, etc.), las técnicas de transferencia de competencias (delegación, etc.) así como sobre los alcances y diferentes grados de autonomía conferidos a algunas entidades estatales (es el caso de los organismos constitucionalmente autónomos, de los organismos reguladores de servicios públicos, etc.).

Los alumnos de los cursos de Derecho Administrativo deben percibir la importancia de las organizaciones administrativas en la sociedad, porque una parte significativa de los derechos fundamentales y de la satisfacción de los cometidos públicos que se derivan de la consagración del

³⁰ Antonio Martínez Marín. Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios. Tecnos. Madrid, 1996, Pg. 16

Estado social y democrático de derecho quedarían relegadas como señala Alvarez Rico³¹ a la condición de meras declaraciones retóricas si se carece de la estructura organizativa adecuada que les de vida. Por dicha razón afirma Alli Aranguren: "...la Administración es el brazo ejecutor del Estado, su imagen ante los ciudadanos, que hace efectivos muchos de sus derechos y el que corresponde a los fines que el Ordenamiento le atribuye. Tanto los derechos como los objetivos de orden social y económico que caracterizan, como se ha visto, al Estado social y democrático de derecho tienen en la Administración al sujeto agente..."³²

Entender las distintas manifestaciones de actuación de la administración pública

Cualitativa y cuantitativamente la enseñanza de las diferentes modalidades de la actividad administrativa constituye una parte muy importante del conjunto de materias que conforman el contenido indispensable de los cursos dedicados a la parte general del Derecho Administrativo y contribuyen decisivamente a caracterizar sus aspectos particulares.

La multiplicidad y heterogeneidad de las modalidades de actuación de las entidades administrativas, ya se aprecie desde una perspectiva formal de la actividad administrativa, o desde una perspectiva material por sectores de actuación o en función de la incidencia de la actividad administrativa sobre los derechos de los particulares, son materias que enseñan al alumno a poder orientarse en los grandes aspectos de la disciplina.

Es verdad que la clasificación de las actividades administrativas desde las dos perspectivas anotadas (formal y material) son construcciones doctrinales elaboradas con fines fundamentalmente didácticos (para la docencia), con el fin de reconducir la realidad de las diferentes manifestaciones de la actuación administrativa a conceptos sistemáticos que le

³¹ Manuel Alvarez Rico. Principios Constitucionales de organización de las administraciones públicas. Dykinson, 1997, Pg. 13. En la misma línea dice Eberhard Schmidt – Assmann: "el Derecho de la organización debe ocupar un lugar central en el sistema de derecho administrativo, pues es justamente el derecho de la organización el que permite que las actividades prestacionales de la administración y las posibilidades de participación por parte de los ciudadanos se inserten en estructuras..."

³² Juan-Crux Alli Aranguren. La construcción del concepto de Derecho Administrativo Español. Editorial Thomson –Civitas - Editorial Aranzadi Navarra, 2006, pg. 336.

permitan al operador poder manejarse con solvencia en la compleja realidad administrativa, mas aún teniendo en cuenta que cada uno de los tipos de actuación administrativa catalogados por la citada clasificación son regulados por marcos normativos específicos y que con mucha frecuencia el ordenamiento legal que regula por ejemplo una determinada actividad económica de los agentes particulares puede disponer que las entidades administrativas actúen simultánea o sucesivamente en más de una de los categorías en que se clasifica la actividad de la administración pública.

La clasificación de la acción de las entidades administrativas basándose en el criterio formal comprende sus actividades más características, como es el caso de (i) el procedimiento administrativo; (ii) los actos administrativos y (iii) los contratos administrativos. La docencia en los cursos de Derecho Administrativo no puede prescindir de la enseñanza de los aspectos centrales del denominado procedimiento administrativo general en los países cuyos ordenamientos lo consagran con el propósito de constituir el cauce de actuación de las múltiples funciones que cumple la administración pública, mediante su exteriorización y juridificación. El aprendizaje de los principios, reglas e instituciones que forman parte del procedimiento administrativo general como categoría conceptual tiene un elevado valor formativo para el estudiante sobre la disciplina, porque constituye un núcleo esencial que le permite orientarse cuando tenga la necesidad de desenvolverse en campos de la acción administrativa regulados por procedimientos administrativos especiales o sectoriales, los cuales tienden a ser numerosos en todo ordenamiento jurídico – administrativo. Es muy importante que el alumno aprenda que el procedimiento administrativo cumple simultáneamente la función de ordenación, sistematización y racionalización de la actuación administrativa y de garantía de los particulares en la medida que articula mecanismos que tienen por finalidad procurar el acierto y la legalidad de la resolución que finalmente se adopte. La enseñanza del acto administrativo como la más usual forma de manifestación de voluntad de la administración le permite al alumno entender sus diferencias con conceptos similares de otras ramas del derecho (acto jurídico) a fin de poder apreciar las notas características y diferenciadoras basadas en las peculiaridades propias del Derecho Administrativo. La contratación estatal es otra típica manifestación formal de la acción estatal (de carácter bilateral a diferencia del acto y el procedimiento administrativo) cuya importancia se ha incrementado notablemente en la

realidad administrativa, razón por la que es indispensable formar a los alumnos en los fundamentos básicos de las diferentes manifestaciones de la actividad contractual del Estado tomando en cuenta que, como sucede en gran parte de la disciplina, existe multiplicidad de marcos legales que regulan las diferentes modalidades contractuales que el Estado puede suscribir.

La clasificación de la actividad administrativa desde la perspectiva material o en base a su incidencia sobre los derechos de los ciudadanos permite al alumno de la disciplina adquirir una visión panorámica (general) de las diferentes funciones que cumple la administración pública. Entre las manifestaciones típicas de la acción pública se considera a: (i) la actividad de ordenación de las actividades privadas o poder de policía; (ii) la actividad de servicio público o de satisfacción de necesidades públicas; (iii) la actividad de fomento o de promoción de actividades privadas que satisfagan necesidades públicas, sin utilizar medios de policía ni de servicio público; (iv) la actividad empresarial de la administración, cuando el Estado actúa como un agente más en el mercado, en régimen jurídico – privado; (v) la actividad sancionadora para reprimir las infracciones al ordenamiento administrativo; (vi) la actividad expropiatoria mediante la cual el Estado adquiere compulsivamente la propiedad de privados para satisfacer fines públicos declarados por ley.

De las actividades públicas citadas merece especial atención, por tener una enorme incidencia en buena parte del ordenamiento jurídico – administrativo, la actividad de ordenación o de policía administrativa, mediante la cual, ya sea a través del poder normativo o de la actuación singular y concreta, se impone a los particulares una serie de limitaciones, de condicionamientos o de cargas necesarias para compatibilizar sus actividades con los intereses de la colectividad que merecen tutela. La potestad de ordenación o poder de policía se manifiesta a través de diversas técnicas con medidas interventoras sobre los derechos y libertades de los particulares de diferente intensidad: (i) la regulación de actividades económicas mediante la aprobación de ordenamientos sectoriales; (ii) la imposición de prohibiciones y obligaciones que se concreta en una prohibición formal de hacer o la imposición de una determinada conducta positiva; (iii) las autorizaciones (licencias o permisos) administrativas, que constituyen técnicas de control preventivo, sobre la base del reconocimiento de un derecho preexistente del privado a realizar actividades que no se encuentran genéricamente prohibidas y

que permiten a la administración examinar si el sujeto privado reúne los requisitos establecidos en el correspondiente ordenamiento sectorial; y (iv) las inspecciones, que habilitan a las entidades administrativas para llevar a cabo funciones de comprobación o de constatación del cumplimiento de la normativa vigente.

Respecto de la técnica de regulación de actividades económicas el profesor Ariño Ortiz señala que es indispensable distinguir dos tipos o variantes, de significado muy diferente: “Una es la regulación externa...que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se ha de desarrollar la actividad económica de que se trate, pero sin entrar en el interior de ésta, ni predeterminar las decisiones empresariales.....Otro tipo de regulación es la llamada <<regulación económica>>: ésta afecta a los sectores intervenidos, incide sobre el acceso y salida de la actividad y afecta las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al quantum de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella, en suma, al negocio mismo en que la actividad consiste...”³³ Aprender las diferencias entre las citadas modalidades de regulación es muy importante para el estudiante de los cursos de Derecho Administrativo, porque le va a permitir entender cómo a pesar de que el término regulación parece referirse al ejercicio de la clásica potestad normativa, en verdad se utiliza para referirse a dos técnicas de intervención administrativa en la economía, que remontan sus orígenes a sistemas diferentes (la regulación económica nace en los países anglosajones y es importada a los países sujetos al sistema de derecho administrativo de origen europeo - “continental” como consecuencia de los procesos de liberalización de la economía y promoción de la inversión privada en actividades que anteriormente eran exclusivamente prestadas por el Estado, mediante la privatización de empresas estatales, concesiones, etc.), tienen como fundamento finalidades de interés público diferentes³⁴ y se manifiesta

³³ Gaspar Ariño Ortiz. Principios de Derecho Público Económico. Editorial Comares. Granada 1999, pg. 243.

³⁴ Como bien señala M. Ignacio De la Riva la regulación económica “...viene a actuar como un sustituto del mercado allí donde éste presenta fallos o está enteramente ausente, en razón de la condición de monopolio natural que reviste la mayoría de los servicios públicos...”, en: “La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados”, publicado en Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica. 2003, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, pg. 297. En la misma línea señala S. Rodríguez Campos González: “...la regulación económica se dirige a la ordenación del mercado, hace su aparición ante los fracasos o fallos del

mediante potestades de actuación asignados a los poderes públicos también diferenciados.³⁵

El Derecho Administrativo como un derecho de conceptos

Terminada la descripción de los contenidos esenciales de la disciplina que forman parte del primero de los grandes ejes que contribuyen de manera decisiva a la caracterización de las particularidades de la enseñanza del Derecho Administrativo, corresponde en la parte final de esta trabajo reseñar algunos los principales aspectos que singularizan a esta rama del derecho y que consideramos tienen importante repercusión para la formación en los estudiantes de un sistema de pensamiento y de razonamiento jurídico que partiendo del conocimiento de algunos postulados conceptuales y del manejo del correspondiente contexto normativo, les permita desenvolverse cuando les corresponda actuar profesionalmente.

El Derecho Administrativo constituye una disciplina del derecho que permite ser explicado por los profesores de la asignatura como un conjunto orgánico que es posible reconducir a la unidad sistemática, informado por conceptos (y principios) que facilitan su aprehensión por los interesados en su aprendizaje.

Al respecto, Alejandro Nieto pone de relieve el aporte de Otto Mayer formulado hacia las postrimerías siglo XIX en la aplicación del método conceptual, porque : “A partir de él, el Derecho administrativo dejó de exponerse al hilo de los órganos administrativos (ministerios, distintos entes públicos) y de las materias reguladas (montes, minas, transportes) para estructurarse en torno a conceptos (acto administrativo, contrato administrativo, expropiación, recursos, responsabilidad). Los li-

mismo –fallos que mediante prácticas de reajuste deben corregir los poderes públicos- y supone una intervención continua de éstos respecto de la actividad y comportamiento de los operadores privados.” en: “La creación de mercados regulados: consecuencias para el estado social de Derecho”, Revista de Administración Pública N° 167, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, Mayo-Agosto 2005, pg. 408.

³⁵ Para el ejercicio de los principales instrumentos de la regulación económica se han creado organismos u agencias reguladoras que ejercen diversas competencias respecto de las empresas sujetas a esta técnica de intervención, entre las que se cuenta: la potestad de determinar tarifas en los segmentos de mercado en los que no exista competencia por constituir un monopolio natural o existiendo sea insuficiente, de supervisar el cumplimiento de la normatividad y de los contratos de concesión suscritos con el Estado, de resolver controversias en sede administrativa entre las empresas y sus usuarios, etc.

bros modernos de Derecho administrativo ya no son enciclopedias de voces materiales o comentarios de leyes positivas sino que se alinean en torno a conceptos y a técnicas intelectualmente elaboradas. El método conceptual abrió la puerta del progreso científico del Derecho porque hay que insistir en que su gran ventaja no es sólo el dominio intelectual del Derecho positivo sino su capacidad integradora. Operando con el concepto abstracto de acto administrativo, el jurista no sólo tiene en su mano toda una legislación informe aparentemente inabarcable sino mucho más, puesto que el régimen jurídico del acto abstracto (procedimiento de elaboración, vicios, efectos del incumplimiento) es trasladado a todas las variantes imaginables —dando por descontado que lo abstracto incluye lo concreto— y así, con un sencillo artificio técnico, consigue tener un régimen jurídico para todos los actos habidos y por haber que produzca la Administración. Igual nos da que sea un acto de deslinde de vías pecuarias, un ascenso funcional o una liquidación tributaria: en un puñado de páginas de cualquier manual encontramos un régimen que podemos aplicar mecánicamente a todos, porque el régimen jurídico general de los actos administrativos vale para cualquiera de sus modalidades reales”.³⁶

Sin embargo, el propio autor previene que a pesar de las ventajas que significa poder apoyarse en los conceptos abstractos para explicar, ayudar a entender e incluso operar en la compleja realidad administrativa, no debe olvidarse que en muchos casos en el descenso al análisis de un caso concreto se añaden notas específicas que no siempre son compatibles con la perspectiva general atribuida a un concepto abstracto.

El carácter histórico y nacional de las construcciones administrativas

El Derecho Administrativo constituye una parcela del derecho público de todo ordenamiento jurídico nacional. Por dicha razón afirma Borrajo Iniesta que: “El Derecho Administrativo, en cuanto disciplina científica, es un producto cultural e histórico; como ciencia jurídica, refleja y a la vez modela su objeto, los principios y normas que rigen a la Administración pública del momento histórico y constitucional que le ha tocado vivir...”³⁷

³⁶ Alejandro Nieto y Agustín Gordillo. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Editorial Trotta. Madrid, 2003, Pg. 23

³⁷ Ignacio Borrajo Iniesta. “Apunte sobre la Universidad Española y la disciplina del derecho ad-

En la enseñanza de los cursos de Derecho Administrativo de algunas de las principales instituciones de la disciplina es importante hacer muy puntual referencia a su evolución en el tiempo, reseñando su historia, los cambios generados en distintas épocas y las causas que dieron origen a dichos cambios, así como a la posibilidad de que las referidas instituciones o categorías puedan ser objeto de reformulación en el futuro atendiendo a las posibles nuevas demandas de la sociedad.

En opinión de Font i Llovet: “...el aprendiz de jurista ha de poder llegar a la convicción de que el Derecho Administrativo es fruto de una *necesidad histórica* ligada en buena parte al surgimiento y consolidación de los Estados nacionales europeos. Es, pues, un Derecho eminentemente nacional...”,³⁸ que sin embargo a decir del propio autor debe preparar al alumno para asimilar las profundas transformaciones que se están produciendo en la disciplina como consecuencia de los procesos de integración internacional, como sucede en el contexto desde el cual escribe con el proceso de construcción de la Unión Europea.³⁹

El carácter esencialmente nacional del ordenamiento jurídico administrativo de cada país no impide que en la enseñanza de la disciplina, para explicar el régimen de algunas de sus instituciones nucleares, el profesor cuando lo considere conveniente pueda comparar la legislación nacional con el marco legal de otros países que posean un sistema de Derecho Administrativo ya sea que sirva de referencia o similar al que se enseña.

La movilidad acuciante de la normativa administrativa

El Derecho Administrativo es una rama del derecho cuyo objeto de estudio, es decir el ordenamiento jurídico – administrativo, se distingue respecto de otras especialidades jurídicas por sus constantes modifica-

ministrativo”. RAP N° 116, CEC, Madrid, 1998, Pg. 271 y ss.

³⁸ Tomás Font i Llovet. “Enseñanza, aprendizaje y educación en el derecho administrativo”. RAP N° 153, CEC, Madrid, 2000, Pg. 261.

³⁹ Son cada vez mas numerosos los autores que llaman la atención acerca de que el Derecho Administrativo de carácter esencialmente nacional, cuyas fuentes son primordialmente estatales y por tanto de aplicación por unas entidades administrativas de alcance sustancialmente local o territorial, experimenta progresivamente importantes transformaciones en sus enfoques derivados de los procesos de liberalización del comercio, globalización e integración económica lo que ha originado que se hable del surgimiento de un derecho administrativo supranacional o global

ciones, evolución y transformaciones que en muchos casos tienen por objeto reorientar los fines que debe cumplir la administración pública en su proyección en la vida social.

Al respecto afirma Muñoz Machado que uno de los elementos más característicos del Derecho Administrativo: “es su extraordinario apego a la realidad social..... es un producto de formación histórica que ni ha llegado, ni quizá llegue nunca a consolidarse en una formulación definitiva, ya que la realidad social a la que está íntimamente unido aporta continuamente innovaciones que provoca mutaciones, no sólo en los procedimientos y las técnicas, sino también en lo más característico de su sustancia”.⁴⁰

Precisamente una de las principales particularidades en la enseñanza de esta rama del derecho que se deriva de algunos de los signos de identidad característicos de la disciplina (movilidad continua y evolución constante) radica en la necesidad de prevenir al alumno que durante su ejercicio profesional requiere estar preparado para adaptarse y estar en capacidad de manejarse (operar) en la disciplina a pesar de los frecuentes cambios en el ordenamiento positivo administrativo.

Como profesor de la materia considero ilustrativo y me motiva a reflexión el agudo comentario de Alejandro Nieto cuando refiriéndose a la evolución de la disciplina previene que: “El profesor se baña cada día en un agua diferente, que cada noche se le ha escapado de sus libros y repertorios, mas sigue realizando sus abluciones matutinas en un Derecho administrativo perenne”.⁴¹

La constante movilidad de la disciplina lleva a Troncoso Raigada a discrepar de la conocida expresión de Otto Mayer conforme a la cual “el derecho constitucional pasa, mientras que el derecho administrativo permanece”, porque según afirma: “Es al contrario el derecho administrativo es el que pasa, porque es resultado de la ideología cambiante del legislador, mientras que el derecho constitucional es el que permanece y el que define los rasgos de la administración pública, que no deja de ser un sujeto constituido, y del derecho administrativo, limitando la

⁴⁰ Santiago Muñoz Machado. “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración”. RAP N° 84, CEC, Madrid, 1987, Pg. 521

⁴¹ Alejandro Nieto y Agustín Gordillo, opus cit, Pg 48.

libertad del legislador. Y el único derecho administrativo que permanece es aquel que transpone el derecho constitucional –la posición constitucional de la administración– es decir, aquel derecho administrativo que es, en expresión feliz de Fritz Werner, Derecho constitucional concretizado...”⁴²

El rol del Derecho Administrativo como articulador de prerrogativas y garantías

En la docencia de la disciplina es muy importante que los alumnos internalicen que el Derecho Administrativo se distingue por desenvolverse en un delicado equilibrio por un lado entre la necesidad de otorgar, regular y disciplinar las prerrogativas de la administración para asegurar su funcionamiento eficaz y, de otro lado, garantizar los derechos individuales de los ciudadanos. La búsqueda de la armonía, equilibrio, conciliación o compatibilidad entre ambas finalidades es una tarea permanente de la disciplina y constituye un criterio importante para todo profesional que opere en el campo de la disciplina.

Sobre esta característica de la disciplina señala Elisenda Malaret: “... es preciso no olvidar en ningún momento que el gran reto del derecho administrativo como derecho peculiar, como derecho propio de la Administración, ha sido siempre aunar garantías y eficacia. Los orígenes del derecho administrativo están precisamente en dotar a la Administración de un instrumento que le permita realizar con eficacia el interés general y para ello el derecho privado no parecía útil, no parecía adecuado. Y esta necesidad no puede perderse de vista, pues éste ha sido siempre el gran reto del derecho administrativo y una de las causas de su surgimiento como ordenamiento específico, si el objetivo hubiera sido única y exclusivamente la garantía de las posiciones subjetivas de los ciudadanos, la cuestión no se hubiera planteado en términos de na-

⁴² Antonio Troncoso Reigada. “Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: El caso del servicio público”. En: REDC N° 57, CEC, Madrid, 1999, Pg. 97. Similar es el comentario de Meilán Gil: “Si el Derecho Administrativo es un derecho en cambio, en permanente proceso de adaptación, lo es por su relación directa con los hechos políticos, económicos y sociales y por ser el instrumento del principal agente social que es la administración. Si en el derecho constitucional se habla de la <<mutación constitucional>>, que afecta el contenido sin afectar el texto, en el Derecho Administrativo, varían ambos por tratarse del medio directo de plasmar las ideologías y las distintas opciones políticas y técnicas”, citado por: Juan-Cruz Alli Aranguren, opus cit, pg. 338.

cimiento de un derecho propio, de un derecho singular, de un derecho que otorga a la administración, precisamente, unas prerrogativas distintas de los particulares....”⁴³

La esencia del Derecho Administrativo reside en buscar el equilibrio entre los privilegios otorgados a la administración y la garantía de los derechos de los privados, es decir entre el poder y la libertad.⁴⁴ Al alumno de la disciplina debe explicársele que el ordenamiento administrativo a la par que suministra a los entes administrativos un conjunto de instrumentos, potestades exorbitantes o privilegios (como es el caso de la potestad sancionadora, de la reglas de autotutela, ejecutoriedad y presunción de legalidad de los actos administrativos, de la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus propias decisiones y del requisito de agotamiento de la vía administrativa para cuestionar judicialmente las actuaciones administrativas, entre otros) con el objeto de satisfacer las finalidades de interés general, también impone a las citadas entidades públicas importantes limitaciones y sujeciones para garantizar los derechos de los agentes privados, tal es el caso de las normas que encauzan la actividad externa de la administración mediante un procedimiento administrativo, las que establecen formalidades para la emisión de los actos administrativos, las que exigen que en todo procedimiento se garantice los derechos al debido proceso y de defensa, las que sujetan la celebración de contratos a procedimientos administrativos de selección (licitaciones y concursos, etc.), las que establecen que el personal de la administración debe ser seleccionado mediante concurso, etc.

En opinión de Brewer Carías: “...si algo ha caracterizado al derecho administrativo en toda su historia es esa ambigüedad básica de su concepción, que a la vez lo muestra como un instrumento para garantizar la acción administrativa y un instrumento del liberalismo; como un medio para la manifestación de la actividad gubernamental y la prevalen-

⁴³ Elisenda Malaret. “El derecho de la administración pública: derecho público y privado: la relevancia de los principios constitucionales”. En: *Derecho Público y derecho privado en la actuación de la administración pública*. Marcial Pons. 1999, Pg. 12.

⁴⁴ Carmen Chinchilla Marín, opus cit. Pgs. 46 y 62. Sobre el tema afirma Manuel Clavero Arévalo: “se ha podido decir que el Derecho Administrativo es, como Jano, un personaje de doble faz ya que por un lado otorga prerrogativas a los poderes públicos y por otra reconoce derechos y da acciones judiciales a los ciudadanos frente a las administraciones públicas...”. En: “La enseñanza del Derecho Administrativo”, publicado en: *La enseñanza del derecho administrativo. Tercer sector y fundaciones, rutas temáticas e itinerarios culturales. XIII Congreso Italo Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Salamanca 9-11 de octubre del 2000. CEDECS, Barcelona 2002, Pg. 22

cia de los intereses generales y colectivo y como medio de protección del administrado frente a la Administración...”.En definitiva, el Derecho Administrativo siempre se ha explicado por el juego dialéctico de esos dos conceptos contrapuestos: prerrogativa administrativa y garantía del particular, de manera que como decía Marcel Waline, por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia, y por la otra, la tiranía”.⁴⁵

La diferenciación entre el derecho administrativo general y el especial

La enorme riqueza temática del Derecho Administrativo cuyos aspectos nucleares o esenciales hemos descrito someramente como formando parte de uno de los ejes distintivos de las peculiaridades de la enseñanza de la disciplina, hace necesario que a efectos de la práctica docente se deba diferenciar entre la formación en la parte general que comprende la teoría general y las instituciones vertebradoras de esta rama del derecho y la enseñanza de la parte especial que contiene la normativa administrativa reguladora de los diferentes sectores de la realidad social (telecomunicaciones, urbanismo, energía, transporte, infraestructuras, medio ambiente, etc., etc., etc..).

La enseñanza de la parte de la disciplina que para efectos didácticos podríamos denominar Derecho Administrativo General proporciona al estudiante un conjunto de conceptos, categoría, técnicas e instituciones básicas que le permiten orientarse cuando tiene que desenvolverse en los distintos ámbitos o sectores regulados por el ordenamiento administrativo.

Sólo luego de completada la formación del estudiante en el régimen general de la disciplina es posible descender a la enseñanza de las áreas que conforman el Derecho Administrativo Especial que a decir de Martínez López Múñiz “constituye un nivel más diversificado y concreto de lo que son las reales manifestaciones de la acción administrativa”, lo que “permite poner a prueba, al nivel más concreto y particular, las técnicas y conceptos estudiados en la parte general de la disciplina”.⁴⁶

⁴⁵ En: “Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del derecho administrativo en la Constitución de 1999”, opus. cit., Pgs. 34 y 35

⁴⁶ José Luis Martínez López Múñiz. Programa de Derecho Administrativo y guía para su estudio. Universidad de Valladolid. Cátedra de DDAA. Valladolid 2000, Pg. 23

Existe consenso en la doctrina que si bien la parte general del Derecho Administrativo cumple una función dogmática mediante la formulación de las piedras angulares de la disciplina que facilitan la interpretación y la enseñanza sistemática de las áreas que conforman la parte especial, en la realidad ambas partes interactúan, porque la extraordinaria diversidad y movilidad que encontramos en el ordenamiento jurídico de la parte especial permite generar y experimentar innovaciones que muchas veces son recogidas por la parte general y en consecuencia extendidas a otros sectores.

El énfasis en la regulación de las actividades económicas

Finalmente, otra de los aspectos de la disciplina cuya docencia en los cursos de Derecho Administrativo contribuye a caracterizar las particularidades de la enseñanza en esta rama del derecho, lo constituye el fuerte énfasis puesto en las últimas dos o tres décadas en la regulación de las actividades económicas.

Como consecuencia del proceso que Luciano Parejo describe de claro “...desplazamiento del centro de gravedad de la acción administrativa hacia la economía y los sectores de los que ésta y el estatus ciudadano dependen...”,⁴⁷ el Derecho Administrativo ha incrementado notablemente su grado de penetración en casi todos los sectores de la economía, con el objeto de garantizar la consecución de los intereses generales que la Administración Pública está constitucionalmente llamada a garantizar.

La formación de los estudiantes en los cursos de la disciplina tiene que proporcionarles las herramientas conceptuales y técnicas jurídicas que les permita asimismo desenvolverse a lo largo de su carrera en los cursos que se les imparte en otras ramas del derecho, referidas específicamente a la realización de actividades económicas, ya sea que el ordenamiento legal que preside su marco jurídico sea fundamentalmente administrativo (minería, transporte, energía, agricultura, recursos naturales, medio ambiente, etc.) o, que se trate de actividades esencialmente privadas pero respecto de las cuales el ordenamiento dispone la presencia de una organización administrativa con importantes poderes

⁴⁷ Luciano Parejo Alfonso. *Opus cit.*, Pg. 42

Las particularidades de la enseñanza del derecho administrativo - Jorge Elías Danós Ordóñez

de intervención en los mercados que se trate para la tutela de los intereses públicos (banca y seguros, servicios públicos, mercado de valores, libre competencia, etc.).

Lima, diciembre del 2008

EL PROCEDIMIENTO Y PROCESO ADMINISTRATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por Juan Pedro Machado Arias*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Identificación de los tópicos de procedimiento y proceso administrativo tratados por la Corte IDH en su jurisprudencia; 3. Distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi*; 4. Determinación de los precedentes de la Corte IDH sobre procedimiento y proceso administrativo; 4.1. Aplicación de las garantías judiciales del artículo 8.1 de la Convención al procedimiento administrativo; (a) *¿Está comprendido el procedimiento administrativo en el artículo 8.1 de la Convención o se circunscribe a un recurso tramitado exclusivamente ante una autoridad judicial?*; (b) *¿Rige en el procedimiento administrativo la garantía de audiencia incardinada en el artículo 8.1 de la Convención?*; (c) *¿Rige en el procedimiento administrativo la garantía de independencia e imparcialidad judicial del artículo 8.1 de la Convención?*; (d) *¿Es una autoridad administrativa, que haya constituido un derecho, la única competente para invalidarlo (es decir, cuál es la extensión de la noción de “juez o tribunal competente” en este aspecto)?*; (e) *¿Es la garantía del “debido proceso” del artículo 8.1 de la Convención predicable*

* Agradezco la colaboración de Monserrat Muñoz Ramírez en la recopilación de las sentencias examinadas en este trabajo.

*al procedimiento administrativo? ¿Qué se entiende por “debi-
do proceso”?; (f) ¿Rige en el procedimiento administrativo la
garantía de fundamentación de las decisiones de autoridad
administrativa?; (g) ¿Rige en el procedimiento administrati-
vo la garantía de plazo razonable del artículo 8.1 de la Con-
vención?; (h) ¿Es la oralidad una garantía del procedimiento
administrativo acorde con el artículo 8.1 de la Convención?;*
4.2. Aplicación de las garantías judiciales del artículo 8.2 de
la Convención al procedimiento administrativo; (a) *¿Las ga-
rantías del artículo 8.2 de la Convención resultan aplicables
también al procedimiento administrativo o rigen exclusiva-
mente en un proceso penal?; (b) ¿Comparten principios el de-
recho penal y el derecho administrativo sancionador y qué
implicaciones tiene ello en el procedimiento administrativo?;*
4.3. El principio de eficacia en el procedimiento administra-
tivo; 4.4. Medios de impugnación administrativos; el conten-
cioso administrativo; 5. Conclusiones.

1. Introducción

Existe una concepción del derecho administrativo, extendida en algunos países de nuestro continente, que lo percibe como la vertiente más autárquica y local del derecho público. En la práctica cotidiana, nos estrellamos con esa visión cuando por ejemplo, algún colega, descalifica un argumento que se ha fundado en doctrina extranjera o en un principio de derecho internacional, alegando para ello que “se trata de doctrinas ajenas a nuestro ordenamiento jurídico” o incluso a “nuestra idiosincrasia nacional”.

Esta percepción pudiera explicarse por la estrecha vinculación del Estado con su Administración. Ésta, en tanto brazo ejecutivo del primero, es el elemento que mejor lo personifica, confundándose en ocasiones con él. Donde hay Estado hay Administración y por ende, las particularidades de uno serán también las de la otra. Así, pareciera que cualquier operación en el ámbito del derecho administrativo se agota con la intelección de las especificidades de cierto Estado, reflejadas en *sus* muy *particulares* instituciones, inscritas en las normas de su *ordenamiento jurídico*, aquilatadas por *su doctrina* y perfeccionadas por *sus tribunales*.

Esta simplificación, como todas, está plagada de paradojas. La primera, que la propia idea de Estado y su diseño constitucional —por lo

general— no se inventaron en el sitio del que se esté hablando. La segunda, que el conjunto de reflexiones que se dan por llamar *derecho administrativo* tampoco son originales de nuestros países, sino que resultan una amalgama de concepciones importadas (basta leer la bibliografía de cualquier manual para darnos cuenta de ello). Ciertamente, la originalidad —cuando la hay— está en el modo que hemos articulado estas concepciones y dotado de algún sentido práctico.

En cualquier caso, el derecho administrativo, por muy típico que sea del lugar en el que se desarrolle, no es autorreferencial y por ello está lejos de circunscribirse a lo nacional.¹ El contacto entre derecho administrativo y derecho internacional se produce con mayor intensidad en el sector de los derechos fundamentales o derechos humanos. Ello porque un elemento indispensable en cualquier Estado de derecho supone la vigencia y respeto de los derechos fundamentales, lo que ha motivado la configuración de sistemas que imponen *mínimos regionales*, lo que ha sido posible a través de la suscripción de tratados internacionales que vinculan a los propios Estados signatarios a respetarlos.

Si como he afirmado, la Administración constituye la personificación más palpable del poder estatal, la interacción de éste con los derechos fundamentales de los ciudadanos es el ámbito en el que se desarrollan buena parte de las reflexiones, instituciones y técnicas del derecho administrativo.² Así, es de suponerse que en algún momento, el derecho transnacional de los derechos humanos influirá e incluso condicionará (como ya ocurre en otras regiones), la comprensión nacional del derecho administrativo, en la medida que los propios Estados se tomen en serio las obligaciones asumidas en los tratados internacionales.

¹ Hoy más que nunca el fenómeno de la *globalización* ha situado fuera de las fronteras de los estados los factores que inciden en el derecho administrativo. Ello porque la globalización centra su atención, entre otros factores, en la localización de las actividades económicas y de personas, y por aplicación del principio de territorialidad, deviene relevante qué tipo de regulación habrá de aplicarse. De ese modo, los entes públicos deben examinar qué instrumentos regulatorios deben poner al servicio de la inversión. Esos instrumentos muchas veces provienen de organismos internacionales, como de entidades privadas transnacionales o por mero mimetismo competitivo entre Administraciones de diversos países. Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación*, en *Revista de Administración Pública*, No. 164, Mayo-agosto 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 7 a 39.

² Conforme a SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, se desprenden tres efectos relevantes de la actuación de los derechos fundamentales en el derecho administrativo: primero, una *subjetivización* de los enunciados jurídicos, pues el fin tuitivo de las normas conduce a identificar derechos sub-

Es este contexto en el que se enmarca el propósito de este trabajo, el examen de los aportes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Corte IDH”) ha brindado al procedimiento y proceso administrativos a través de su jurisprudencia. Conforme a los artículos 61 y 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos (la “Convención”), esta Corte se ocupa de verificar el cumplimiento de dicho.

Tratado, a partir de casos concretos sometidos a ella por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o los Estados parte, que previamente hayan aceptado su jurisdicción. Aunque —afortunadamente— no es el único órgano jurisdiccional que aplica la Convención, pues los tribunales nacionales también lo hacen, sí es el más especializado y en un extremo, el último que la aplica. Y lo más importante, mediante la emisión de sus resoluciones, produce estándares que vinculan a las autoridades estatales del continente, en cuanto al contenido y alcance de los derechos fundamentales, merced a la construcción de la *regla judicial* aplicable al caso de que se trate (pero también a los futuros).³

jetivos en donde aparentemente únicamente operan normas de derecho objetivo con una función reguladora general; segundo, una *sensibilización* del derecho administrativo general, merced a la profundización de la conexión entre función directiva pública e intereses privados; y tercero, una marcada *individualización*, que se refleja en la introducción constante de consideraciones de equidad y exigibilidad en el derecho administrativo. Cfr. *La teoría general del derecho administrativo como sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, tr. del apartado comentado de Francisco Velasco Caballero, INAP y Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 71.

³ No ignoro que esta afirmación se preste a la polémica, pues conforme al artículo 68.1 de la Convención, pareciera que el único obligado por una sentencia de la Corte IDH se el Estado denunciado. Sin embargo, considero que el resto de los Estados —aunque sea indirectamente— también quedan comprometidos con la decisión. Parto de la convicción de que el proceso de aplicación del derecho objetivo —propio de la actividad judicial— contribuye a su conformación. Si bien las sentencias cumplen con una función institucional pues expresan un juicio de validez sobre determinada situación, también juegan un rol en la producción normativa. Ello porque difícilmente existe un derecho objetivo completo que contenga en sí mismo todos los casos posibles, de modo que los jueces utilizan múltiples y variados criterios para formular la norma que les resuelva el caso. Esos criterios constituyen reglas predicables a nuevos y similares casos en el futuro y es lo que aquí denomino *regla judicial*. Cfr. AGUILÓ REGLA Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 101 a 123. Es necesario hacer hincapié en esto último, pues ciertamente, el fundamento en el uso de precedentes es dicha proyección a casos futuros o *universalización* del precedente y que constituye “una exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual.” ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, tr. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 262. Por otro lado, esta exigencia de igualdad que resulta en la universalización de la regla de derecho, no sólo es imponible a cada juez o tribunal, sino también al conjunto de los operadores jurídicos, pues en último término, se asocia a los valores de certeza y seguridad jurídicas, al quedar vinculados a ella todos sus destinatarios. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 40.

A pesar de su corta vida, la producción de sentencias de la Corte IDH es abundante. Sin embargo, sólo en pocos casos dichas decisiones conciernen directamente a problemas de derecho administrativo, precisión que estimo de la mayor relevancia. En efecto, no toda resolución de la Corte IDH constituye *precedente* que gobierne cualquier problema en esta materia, pues el peculiar contenido de ésta —el equilibrio (difícil, pero posible) entre privilegios de la Administración y garantías del ciudadano—⁴ obliga a evaluar cuidadosamente los criterios atento a la especificidad (circunstancial) de los casos.

Consecuentemente, para esclarecer las reglas jurisprudenciales y en su caso, el desarrollo sistemático de los criterios de la Corte IDH, se precisa un trabajo de identificación y racionalización de las decisiones en las que se haya pronunciado abiertamente sobre tópicos relacionados con la materia que aquí interesa. De ese modo, me propongo ofrecer al lector un análisis “dinámico y estático” de los precedentes de dicho tribunal, basado en la metodología sugerida por Diego LÓPEZ MEDINA,⁵ que arroje algún tipo de patrón “decisional” o línea jurisprudencial sobre el proceso y procedimiento administrativo, cuando la haya, o por lo menos predecir alguna tendencia en el cúmulo de resoluciones.⁶

2. Identificación de los tópicos de procedimiento y proceso administrativo tratados por la Corte IDH en su jurisprudencia

⁴ “En último término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten —y esto conviene tenerlo bien presente— en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos.” ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo* I, 11ª edición, Civitas, Madrid, p. 51.

⁵ Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente judicial*, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, 2ª edición, Universidad de los Andes y Legis, Bogotá, 2007, pp. 139 a 330.

⁶ Antecedes a este trabajo por lo menos dos obras que ya se ocuparon de destacar decisiones de la Corte IDH sobre el procedimiento administrativo y que constituyen un excelente referente para aproximarse a esta problemática. Me refiero al capítulo III, *Debido proceso administrativo y garantía de derechos sociales*, del estudio intitulado *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, presentado con fecha 7 de septiembre de 2007, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la dirección de internet <http://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodescindice.sp.htm> (consulta 8 de agosto de 2009); así como el trabajo de FLAX, Gregorio A., *El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo, que aparece en la obra colectiva El control de convencionalidad*, coordinado por ALBANESE, Susana, Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 47 a 62.

Conviene iniciar detectando las afirmaciones de la Corte IDH, incorporadas en la parte considerativa o fundamentos de sus sentencias, que contengan alguna alusión que remita a estos tópicos de derecho administrativo. Luego, los problemas subyacentes a tales afirmaciones, pueden plantearse de manera resumida mediante la formulación de preguntas.

Si las respuestas a dichas preguntas —o sea, las afirmaciones que sirvieron de punto de partida— constituyen o no reglas deducidas por la Corte para la resolución de los problemas (*ratio decidendi*), es una cuestión que deberá esclarecerse en un segundo momento, mediante el examen de las circunstancias de hecho de cada caso. Pero quedémonos por el momento en extraer los temas referidos por la Corte IDH:

- ♦ ¿Está comprendido el procedimiento administrativo en el artículo 8.1 de la Convención o se circunscribe a la tramitación de un recurso tramitado exclusivamente ante una autoridad judicial?
- ♦ ¿Rige en el procedimiento administrativo la garantía de previa audiencia incardinada en el artículo 8.1 de la Convención?
- ♦ ¿Rige en el procedimiento administrativo la garantía de independencia e imparcialidad judicial del artículo 8.1 de la Convención?
- ♦ ¿Es una autoridad administrativa, que haya constituido un derecho, la única competente para invalidarlo (o sea, cuál es el alcance de la noción de “tribunal competente”)?
- ♦ ¿Es la garantía del “debido proceso” del artículo 8.1 de la Convención predicable al procedimiento administrativo?
- ♦ ¿Rige en el procedimiento administrativo la garantía de *plazo razonable* del artículo 8.1 de la Convención?
- ♦ ¿Es la oralidad una garantía del procedimiento administrativo acorde con el artículo 8.1 de la Convención?
- ♦ ¿Las garantías del artículo 8.2 de la Convención resultan aplica-

bles también al procedimiento administrativo o rigen exclusivamente en un procedimiento penal?

- ♦ ¿Comparten principios el derecho penal y el derecho administrativo sancionador y qué implicaciones tiene ello en el procedimiento administrativo?
- ♦ ¿Rige también para el procedimiento administrativo el principio de eficacia previsto por el artículo 25.1 de la Convención para el recurso que ampare contra actos violatorios de derechos fundamentales?
- ♦ ¿Los medios de impugnación de actos administrativos se rigen por los artículos 8 y 25 de la Convención (acceso a la justicia)? ¿En ese tenor, debiera ser preciso e inequívoco su agotamiento)?
- ♦ ¿Es el juicio contencioso administrativo un medio de impugnación de actos administrativos incardinado en el artículo 25 de la Convención? ¿Tiene que ser idóneo para remediar la violación?

Veamos ahora hasta dónde dichas preguntas fueron materia de una decisión de la Corte IDH en la resolución de casos concretos.

3. Distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi*

Hay que ser riguroso a la hora de examinar una sentencia y establecer si tiene el valor de precedente respecto a un problema determinado. No todas las afirmaciones de un tribunal contenidas en ella deben estimarse obligatorias. Comparado con el derecho legislado, que se basa en un principio de concisión lingüística, el producido por los jueces requiere de “prolongados y abultados ejercicios de argumentación”. Ello resulta en el establecimiento de una regla muchas veces difícil de detectar merced a la variedad de reflexiones y afirmaciones contenidas en una decisión.⁷

La *ratio decidendi* es esa regla que gobierna el caso. Los razonamientos y afirmaciones que no se califiquen como tal constituyen *obiter dictum* y se trata de pasajes de las sentencias donde, en términos de LÓPEZ

⁷ López Medina, Diego, op. cit., pp. 216 a 217.

MEDINA, el tribunal dice cosas “de pasada” o “incidentalmente”, “sin que constituya el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo”.⁸ La distinción entre una y otra noción deviene de entender que si bien un tribunal crea derecho, lo hace de manera estricta. Así, la afirmación de un tribunal será derecho si y sólo si es predicable (universalizado) a casos futuros. Subyace a tan peculiar potestad normativa el principio de igualdad: el tribunal está constreñido a dispensar el mismo trato a sujetos colocados en la misma situación. Es regla (o sea, un mandato general) la que pueda aplicarse a una *universalidad*.

Por esa razón, la detección de dicha regla depende decisivamente de los hechos o circunstancias fácticas del caso. Se considerará *ratio decidendi* si se trata de un argumento que une de mejor manera los hechos relevantes del fallo y el sentido final de éste.⁹ Entiendo como *precedente* sólo aquella decisión producida en el pasado que contenga una similitud de hechos a la que se plantea en el presente. Por ejemplo, la Corte IDH dio una lección del rigor requerido en el manejo de sus propios precedentes, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*,¹⁰ donde rechazó la aplicación de una decisión anterior,¹¹ basada justamente en la falta de analogía entre los hechos de una y otra sentencia, postulando así una regla que asimismo servirá para futuros casos en que se invoque una precedencia (párrafo 170):

“...para que un caso sea análogo a otro es necesario acreditar que existe una semejanza entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo en virtud de que ambos comparten las mismas propiedades relevantes esenciales, lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica a ambos casos.”¹² [Subrayado añadido]

En la sección anterior, a partir de afirmaciones aisladas contenidas en diversas sentencias de la Corte IDH, formulé diversos problemas de derecho administrativo que aparentemente ha abordado dicho tribunal

⁸ Ibidem, p. 219.

⁹ Ibidem, p. 249.

¹⁰ Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Serie C No. 184.

¹¹ Caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 27.

¹² Esta preocupación por el correcto manejo de los precedentes de la Corte IDH quedó plasmado en el Voto Disidente de los Jueces Alirio Burelli y Cecilia Medina Quiroga a la sentencia del caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, en cuyos párrafos 4 y 5 intentaron desmarcar la decisión adoptada por la mayoría de decisiones previas en las que se apoyaron. Más adelante volveré a este asunto, ver *infra* epígrafe 4.1 inciso (a).

y que podrían constituir precedente para casos futuros. Sin embargo, ello es apenas una aproximación, pues es menester situar tales expresiones en el contexto fáctico en que se produjeron y así evaluar si existe o no un pronunciamiento vinculatorio, así como si éste ha constituido un patrón decisonal a lo largo de diversas decisiones.

4. Determinación de los precedentes de la Corte IDH sobre procedimiento y proceso administrativo

Baso este ejercicio en las interrogantes expuestas en la sección 3 anterior. A fin de facilitar la exposición, las reúno en diversos apartados conforme a temáticas comunes.

4.1. Aplicación de las garantías judiciales del artículo 8.1 de la Convención al procedimiento administrativo

El artículo 8 de la Convención se titula “Garantías judiciales” y se compone de cinco numerales. Las sentencias de la Corte IDH relevantes se han referido exclusivamente a los dos primeros. En lo atinente al identificado con el número 1, el instrumento internacional dice lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Prima facie, puede decirse del precepto que: (a) impone un derecho formal ineludible, predicable a todas las materias, incluyendo —así parece ser— a la administrativa; (b) consiste en la instrucción obligatoria de un procedimiento para la determinación de cualquier derecho u obligación; (c) ese procedimiento debe satisfacer algunas condiciones: que el afectado sea “oído”, se le concedan “las debidas garantías”, obtenga una resolución en un “plazo razonable”, la emita “un juez o tribunal”, que además debe ser “competente”, “independiente” e “imparcial”.

Examinemos ahora la respuesta que la Corte IDH ha formulado a las interrogantes respecto a este precepto.

(a) ¿Está comprendido el procedimiento administrativo en el artículo 8.1 de la Convención o se circunscribe a un recurso tramitado exclusivamente ante una autoridad judicial?

La primera ocasión que la Corte IDH trató este tema fue al margen de un caso concreto, en una Opinión Consultiva a las que está facultada por el artículo 64.1 de la Convención. Se trata de la *OC-9/87* del año de 1987.¹³ Ahí sostuvo de manera contundente que no obstante la literalidad del artículo 8.1, éste, junto con el resto de numerales del artículo 8 de la Convención, deviene aplicable a procedimientos de cualquier naturaleza y no solamente a los instruidos bajo la figura de un recurso ante una autoridad judicial.¹⁴

Sin embargo, esta aseveración difícilmente llega a configurar un precedente en el ámbito del procedimiento administrativo, al menos por dos características que se lo impiden: primero, la naturaleza misma de la Opinión excluye la presencia de elementos de hecho respecto a los cuales sea posible emitir un juicio de universalización; y segundo, la consulta que dio lugar a la Opinión en modo alguno consideró el problema sobre si el procedimiento administrativo estaba o no contenido en el artículo 8.1 de la Convención.¹⁵ Consecuentemente, puede afirmarse que en esta Opinión la Corte IDH omitió pronunciarse sobre un caso directamente relacionado con un tópico de derecho administrativo. Así, el valor de la *OC-9/87* en la resolución de la pregunta planteada es apenas el de una referencia respecto al artículo 8, incluido su párrafo 1, mas no una regla judicial específica.

La siguiente ocasión en la que la Corte IDH hizo alguna aseveración relacionada con esta cuestión fue en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 2001,¹⁶ donde repitió lo dicho en la *OC-9/87*.¹⁷ Aquí

¹³ Opinión Consultiva *OC-9/87* de 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en casos de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie A No. 9.

¹⁴ Párrafo 29: “Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.”

¹⁵ El estado consultante, Uruguay, preguntó a la Corte IDH sobre “el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención”.

¹⁶ Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 142.

sí la Corte IDH se enfrentó a un caso concreto: la destitución de magistrados del Tribunal Constitucional peruano por el Congreso de ese mismo país. La alusión se formuló al hilo de las consideraciones de la Corte respecto a la compatibilidad del procedimiento que resultó en la destitución con relación al artículo 8 de la Convención.

Empero, tampoco puede estimarse que este criterio constituya un precedente respecto a la interrogante formulada, pues la situación juzgada está lejos de relacionarse con el procedimiento administrativo. Ello es así porque la destitución de jueces del Tribunal Constitucional por parte del Congreso no es un acto formal ni materialmente administrativo, aproximándose más a uno de índole jurisdiccional. Me explico, la literalidad del artículo 8.1 se dirige a autoridades judiciales. Cuando éstas lo son por definición expresa contenida en el ordenamiento jurídico interno, no hay espacio para la discusión sobre su vinculación al precepto y sus procedimientos deben ajustarse a él, en la medida, por supuesto, que se enjuicien actos de esa misma naturaleza. La situación cambia levemente cuando la autoridad carece de tal calificación pero alguno o todos sus actos son materialmente jurisdiccionales, pues también pareciera que los rige el artículo 8.1 de la Convención, al menos respecto a dichos actos.

En el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, la Corte IDH abordó este último supuesto: actos del Congreso materialmente jurisdiccionales. Es pues, la resolución de un caso de una autoridad claramente no administrativa en el ejercicio de una función jurisdiccional. Por muy dilatada que sea la definición que utilicemos de derecho administrativo,¹⁸ para que un acto se repute incardinado en él, uno de los actores involucrados debe ser la Administración o por lo menos efectuarse un acto materialmente administrativo.

Otra razón por la cual descarto esta decisión como precedente, se refiere

¹⁷ Párrafo 69: “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.”

¹⁸ Incluso, cabe destacar que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ caracterizan al derecho administrativo como un “derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas...” *Curso de derecho administrativo I*, op. cit., p. 42.

a la calidad de las víctimas, pues no se trataba de cualquier sujeto, sino de jueces, magistrados del Tribunal Constitucional, para ser más exacto. Lo que se puso en tela de juicio fue el acto mediante el cual se impidió la continuidad de dichos jueces y en esos casos, comprensiblemente, la Corte IDH refuerza la intensidad garantista de su control, pues entiende que no sólo se comprometen los derechos de la víctima, sino que también la lógica del Estado de derecho, específicamente el principio de separación de poderes públicos al afectarse la garantía de independencia de los funcionarios judiciales (párrafos 72 a 77). Una argumentación de esta clase difícilmente puede replicarse a asuntos de derecho administrativo, en los que no se pone en juego el desempeño de un juez.

Así las cosas, considero que la sentencias útiles para el procedimiento administrativo con valor de precedente serán aquellas que aborden actos de autoridades netamente administrativas o que sin serlo, realicen funciones materialmente administrativas, como por ejemplo, la imposición de sanciones administrativas, la denegación o el retiro de un título habilitante (autorización administrativa), la constitución o denegación de un privilegio (concesión), etc.

Hasta este punto, podría decirse que la OC-9/87 y la sentencia sobre el Tribunal Constitucional, no obstante su nulo valor como precedentes, van anunciando una línea jurisprudencial de la Corte IDH, tendiente a optimizar el derecho a las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención y en ese sentido, aplicarlo a todas las materias, incluida la administrativa. Se trata de *sentencias fundadoras*, ambiciosas en materia doctrinaria, con recuentos históricos y comparados, apoyadas en el vacío jurisprudencial existente y que abrieron el camino a las decisiones posteriores.¹⁹ Insisto, referentes que no necesariamente sentaron un criterio predicable a dichas decisiones.

La *sentencia hito*, consolidadora de la línea jurisprudencial que establece como regla la inclusión del procedimiento administrativo dentro del estándar del artículo 8 y específicamente del 8.1 de la Convención, es la dictada por la Corte IDH en 2001 para resolver el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*.²⁰ Se trataba de esclarecer si resultó legítimo el procedimiento seguido para imponer la destitución a 270 trabajado-

¹⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego, op. cit., p. 164.

²⁰ Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

res del Congreso panameño. En los párrafos 123 y 124 de la sentencia, la Corte IDH razonó:

“123. Es evidente que la Ley 25 no se refiere a materia penal puesto que no tipifica un delito ni sanciona con una pena. Se ocupa, por el contrario, de un tema administrativo o laboral. Corresponde a esta Corte, por lo tanto, determinar el ámbito de incidencia del artículo 8 de la Convención y, en particular, si éste se aplica únicamente a procesos penales.

124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.” [Subrayado y énfasis añadido]

Es decir, para la Corte IDH, el despido de trabajadores públicos (lo son aquéllos que laboran para el Congreso) es tanto un tema administrativo como laboral. Específicamente, de *derecho administrativo sancionador*, remata con posterioridad. En ese orden de ideas, el procedimiento para hacerlo se encontraba regido por las garantías del artículo 8 de la Convención, no obstante que la redacción literal del numeral 1 de éste remita únicamente a los procedimientos judiciales.

Escasos días después, la Corte IDH tuvo la oportunidad de reiterar este criterio y lo aplicó al caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*,²¹ con el propósito de enjuiciar la legitimidad de un procedimiento seguido para el retiro de la nacionalidad peruana al Sr. Bronstein, instruido por una autoridad indiscutiblemente administrativa. En los párrafos 100 y 101 de dicha decisión dijo la Corte IDH:

“101. Como se ha demostrado, la Dirección General de Migraciones y Naturalización, entidad de carácter administrativo, fue la

²¹ Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74

autoridad que dictó la “resolución directoral” que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein. Por esta razón el Tribunal estima pertinente considerar la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana a los hechos del presente caso en el contexto del proceso administrativo.

102. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.” [Subrayado y énfasis añadido]

Esta regla se sofisticó con posterioridad con por lo menos tres sentencias. La primera, de 2005, recaída al caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*,²² pues ahí la Corte IDH se extendió más allá de los confines del ámbito sancionador, en el que predominan las garantías defensivas, haciéndola aplicable a un procedimiento que tenía como objeto el ejercicio de un derecho cuya eficacia está condicionada a la intervención de una autoridad (que es lo típico de las decisiones administrativas), al que conviene llamar *procedimiento de gestión*. Efectivamente, en este asunto, se enjuiciaron diversos aspectos de un procedimiento administrativo cuya finalidad era que una comunidad indígena reivindicara tierras ancestrales, derecho reconocido por el ordenamiento jurídico interno, y para ello la Corte IDH afirmó en el párrafo 62 que:

“Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha considerado que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento

²² Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 142

cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.” [Subrayado añadido]²³

Ese mismo año, la Corte IDH produjo otra sentencia cuya aplicabilidad al procedimiento administrativo es discutible, el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en el que la *litis* relevante versó sobre la aplicación de las garantías procesales del artículo 8.1 de la Convención a la adopción de decisiones tomadas por el Consejo Supremo Electoral nicaragüense respecto a la denegación de la inscripción de candidatos para participar en elecciones municipales a una organización indígena.²⁴ Dicha autoridad, en el modo en que está configurado en el ordenamiento jurídico nicaragüense, no obstante erigirse en un “cuarto poder político”, efectúa funciones materialmente administrativas y jurisdiccionales (párrafo 124.44).

La Corte IDH entendió que el procedimiento que le precedió a tales denegaciones tiene una naturaleza jurisdiccional (párrafo 151) y por ello lo adscribió al cumplimiento del artículo 8.1 de la Convención (párrafo 150 y 151). Esta argumentación es problemática en cuanto a su premisa, porque me parece cuestionable que se califique de jurisdiccional un procedimiento de gestión. En las decisiones glosadas hasta el momento, incluyendo aquellas que son meros referentes, nunca estuvo en juego procedimientos de esta clase, sino más bien aquellos dirigidos a la remoción de un derecho. En cualquier caso, este aspecto no fue relevante para la Corte IDH y lo obvió en esta sentencia, aunque luego, como se verá seguidamente, sí tuvo que enfrentarse a él en un asunto diverso.

La tercer sentencia confirmadora del criterio, se produjo al año siguiente, en 2006 y recayó al caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*.²⁵ Ahí se discutió si el procedimiento para que un particular obtuviera determinada información en poder del Estado (lo que considero sin ambages un procedimiento de gestión pues la eficacia del derecho a la información pública está supeditado a la intervención de la Administración), estaba o no regido por el artículo 8.1 de la Convención. La decisión de la Corte

²³ Este criterio se reiteró menos de un año después en un asunto similar, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrafos 77, 82, 94, 95. Más adelante me referiré con mayor detalle a estas decisiones en tanto que constituyen precedentes sobre el principio de eficacia en el procedimiento administrativo. Ver *infra* epígrafe 4.3.

²⁴ Ver Párrafo 151.

²⁵ Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

fue que sí se regía (párrafos 116 a 123), sin embargo, en el Voto Disidente de los Jueces Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga se hizo patente que una aplicación extensiva del precepto estaba haciendo crisis al interior de la Corte IDH. Estimaron dichos Jueces que (párrafos 2 y 3):

“2. Es presupuesto para la aplicación de este derecho que se haya producido un desconocimiento por parte del Estado de algún derecho o que éste no haya amparado el desconocimiento del mismo por un particular. Producida la negación de un derecho la Convención crea a través del artículo 8 el derecho para las personas de que un órgano con las características que dicha disposición señala resuelva la controversia, es decir, el derecho a que se inicie un proceso, donde las partes que discrepan puedan, *inter alia*, argumentar en su favor, presentar pruebas, objetar al contrario.

3. Es claro que el caso que se examina en esta sentencia no constituye un proceso. Una petición de acceso a información y la negativa a otorgarlo no son un fenómeno jurídico en que un órgano del Estado, habilitado para ello, determina la aplicación del derecho en una situación concreta en la cual la norma que consagra el derecho ha sido controvertida o violada. Por el contrario, el acto de denegar el acceso a la información, crea la controversia y de allí emerge el derecho para los afectados de poder recurrir a un órgano que la decida, que resuelva el conflicto en razón de su jurisdicción y competencia. Este órgano en el ordenamiento jurídico del Estado es la Corte de Apelaciones respectiva a través del proceso que se inicia con la interposición de un recurso de protección. Transformar la secuencia “petición-negativa” en un proceso, exigiendo la aplicación del artículo 8 para tramitar la petición, implicaría sostener que esta petición debe ser recibida y decidida por un órgano independiente e imparcial y con todas las garantías que esta disposición establece (*inter alia*, el respeto a los principios de igualdad y de contradicción), puesto que el artículo 8.1 debe aplicarse en su integridad y cualquier elemento que se infrinja de él constituirá una violación del mismo. Esto traería consecuencias que no son quizás las más favorables.” [Énfasis en el original; el subrayado es mío]

Es probable que ante lo descarnado de un procedimiento administrativo de gestión como el enjuiciado, los Jueces disidentes pensaron que se

había llevado muy lejos la aplicación del artículo 8.1 de la Convención, pues intuyeron problemas respecto a ciertas garantías, que como examinaré más adelante, no pueden seguirse rigurosamente si se está en presencia de una potestad administrativa.

Para fundar su objeción, por un lado, dichos Jueces se remitieron a la función material del órgano estatal cuya actuación se cuestione: si se encarga de resolver una mera petición (típico en la autoridad administrativa), no se sujeta al artículo 8.1 de la Convención; en cambio, si resuelve una controversia (usual aunque no permanente en la autoridad administrativa), sí se aplica dicho precepto. Como se advierte, los disidentes plantearon una discusión que la Corte IDH resolvió con anterioridad al sostener que las garantías de dicho precepto rigen tanto para autoridades jurisdiccionales (que se caracterizan por resolver controversias) como para las que no lo son. Las características de la autoridad no son relevantes para la Corte IDH.

Por otro lado, los disidentes tratan de justificar su inaplicación como precedente de diversos casos que fueron citados por la mayoría a fin de apuntalar la decisión (párrafos 4 y 5). Se refieren a los casos del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *Ivcher Bronstein vs. Perú* y *Yatama vs. Nicaragua*. En todos ellos, salvo *Yatama*, es cierto que se trataba de procedimientos sancionadores, en donde la autoridad ejercía una función (materialmente) jurisdiccional. En *Yatama*, ya lo expliqué, la Corte IDH, sin mucho rigor, calificó de jurisdiccional lo que en realidad es un procedimiento de gestión. Ello parecía apuntalar su argumento. Sin embargo, omitieron mencionar al menos un caso en que la misma Corte IDH, con anterioridad, había aceptado tal maximización del derecho a un procedimiento de gestión, iniciado a partir de una petición, como se advierte de la sentencia *Yakye Axa vs. Paraguay*.²⁶

A manera de réplica a sus colegas disidentes, el Juez García Ramírez formuló un Voto Razonado en el que, entre otras cosas, dio una respuesta a las objeciones anteriores. Consideró que "...la decisión del órgano administrativo que dispuso la información a la que tendrían acceso los solicitantes y aquella otra que no podrían recibir, *constituyó un acto definidor de derechos*." (párrafo 10; la cursivas son mías). Es decir, lo relevante, insisto, no era tanto el carácter de la autoridad, sino "...la

²⁶ Y como ya se dijo, se reiteró en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*.

naturaleza de la función que ésta ejerce en el caso concreto y de la trascendencia que dicho ejercicio puede tener en relación con los derechos y deberes del ciudadano, esgrimiendo el derecho que considera tener...” (párrafo 12). Así, la intención de la Corte IDH es “...que las decisiones de las autoridades que definen derechos y deberes individuales, cualesquiera que aquéllas o éstos sean, satisfagan condiciones mínimas de objetividad, racionalidad y legalidad.” (Párrafo 9).

En este orden de ideas, puede afirmarse que es un criterio definitivo (o una regla) de la Corte IDH, que cualquier procedimiento administrativo, ya sea defensivo o de gestión, se encuentra incardinado en las prevenciones del artículo 8 y específicamente, del 8.1 de la Convención, sin importar que ahí se refiera únicamente a los tramitados ante un juez.

Empero, esta convicción debiera acompañarse de la prudencia, pues no puede entenderse que *en automático* todas las garantías de este último precepto y del que le sigue, el 8.2, rigen al procedimiento administrativo. Es necesario que la Corte IDH se pronuncie respecto a cada una de ellas, a partir de *casos concretos* que se le sometan, cosa que no ha ocurrido. Es aquí y no en abrir una discusión sobre lo mucho o poco jurisdiccional que pueda tener el procedimiento que se cuestione, donde se abre la vía para que la Corte IDH module el alcance de dichas garantías, sopesándolas con el especial rol que desempeña la Administración como representante del interés público.²⁷

²⁷ La aplicación del *principio de proporcionalidad* me parece clave en la resolución de los casos de derecho administrativo que en el futuro resuelva la Corte IDH. En el caso *Castañeda Gutman vs. México* hizo un examen pormenorizado de dicho principio para lo cual dedujo que el derecho político a ser elegido en elecciones del artículo 23.1 inciso b) de la Convención, se encontraba restringido no sólo por las normas que expresamente operan como tal en el párrafo 2 del mismo precepto, sino también por obligaciones implícitas a cargo del Estado, consistentes en el “diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos” (o sea, un sistema electoral). Para ello, la Corte IDH echó mano de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, referentes a la adopción de medidas de para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (párrafos 155 a 161). Con base en lo anterior, la Corte IDH evaluó la proporcionalidad de dichas medidas (o del sistema electoral elegido por el Estado) como restricciones legítimas al derecho político aludido (párrafos 196 a 204). Me parece que una senda argumentativa similar podría seguirse para la resolución de un caso en que se deba apreciar el interés público representado por la Administración, apoyada en dos elementos: (a) la obligación de respeto de los derechos del conjunto de los ciudadanos, y (b) la legítima imposición de restricciones que la propia Convención prevé en sus artículos 30 y 32.2, “por razones de interés general” y “por las justas exigencias del bien común”, respectivamente. En todo caso, no puede obviarse que cuando aparece el interés público como limitador de derechos de la Convención, debe seguirse “una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los diferentes intereses en juego,

De hecho, el Juez García Ramírez, quizá consciente de esta alternativa, concluyó en su Voto Razonado del caso *Claude Reyes* que la aplicabilidad del artículo 8 de la Convención, "...tiene el alcance *que en cada caso* permiten las características del procedimiento correspondiente." [las cursivas son mías]. Y precisó: "Por ello me refiero al deber de fundamentación y no a todos y cada uno de los deberes abarcados en el artículo 8º..." Dicha garantía de fundamentación fue la que se enjuició en ese asunto.

(b) ¿Rige en el procedimiento administrativo la garantía de audiencia incardinada en el artículo 8.1 de la Convención?

Indiscutiblemente rige. Así lo estipuló la Corte IDH En los dos precedentes relevantes referidos en el apartado anterior. Primeramente, en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (párrafos 133 y 143) y luego lo ratificó en *Ivcher Bronstein vs. Perú* (párrafos 106 y 110). En ambos, justamente de lo que se trató fue de cuestionar a los Estados porque modificaron sustancialmente los derechos de las víctimas sin que se hubiera instruido un procedimiento en el que se les hubiera oído, lo que además debió suceder previamente a la decisión administrativa.

(c) ¿Rige en el procedimiento administrativo la garantía de independencia e imparcialidad judicial del artículo 8.1 de la Convención?

Recordemos que el artículo 8.1 no sólo impone la sustanciación de un procedimiento sino que también fija algunas condiciones mínimas que éste debiera cumplir. Entre ellas, que sea sustanciado por "un juez o tribunal competente, *independiente e imparcial*" [las cursivas son mías]. Ello es problemático para el derecho administrativo, pues basado en los imperativos de eficiencia y eficacia, rige también el diverso principio de *autotutela*, por virtud del cual, la Administración está legitimada para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, "incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*", quedando liberada de acudir a una autoridad judicial.²⁸ En la forma que está redactado el artículo 8.1 de la Convención, este principio es susceptible de colisionar con la garantía de independencia e imparcialidad.

y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención". SALOMONI, Jorge L., *Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino*, en VV. AA. *Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales, Jerarquía; impacto y derechos humanos*; Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 25.

²⁸ ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, op. cit., p. 509.

En la sentencia del caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, pareciera que la Corte IDH se pronunció sobre el tema, pues en el párrafo 77 dijo:

“En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.” [Subrayado y énfasis añadidos]

Sin embargo, como lo expliqué con anterioridad este caso carece de valor como precedente de derecho administrativo.²⁹ Las mismas objeciones deben formularse respecto a un caso más reciente, *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*,³⁰ donde se examinó la destitución de los jueces de un tribunal administrativo, tras la instrucción de un procedimiento sancionador, supuestamente por haber incurrido en un error judicial inexcusable. Ahí, la Corte IDH nuevamente se pronunció sobre la independencia e imparcialidad del “juez o tribunal competente”, pero referido a un órgano ajeno al Ejecutivo (una Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial) y respecto a la remoción de jueces, en sentido estricto.

En realidad, la Corte IDH no se ha enfrentado a este problema. Cuando lo haga, quizá ponderará si el derecho a la independencia e imparcialidad de la autoridad administrativa decisora está restringido de manera legítima en términos de los artículos 1, 2, 30 y 32.2 de la propia Convención, en función del interés público que representa.

(d) ¿Es una autoridad administrativa, que haya constituido un derecho, la única competente para invalidarlo (es decir, cuál es la extensión de la noción de “juez o tribunal competente” en este aspecto)?

Si el concepto de independencia e imparcialidad en materia administrativa no ha quedado esclarecido, la Corte IDH, en cambio, sí se ha pronunciado, aunque sea confusamente, sobre el alcance de la garan-

²⁹ Ver supra en este mismo epígrafe, inciso (a).

³⁰ Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

tía de juez o tribunal competente, referido específicamente a casos donde una autoridad administrativa remueve algún derecho creado por otra.

En el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, donde recordemos que fue examinado el retiro del título de nacionalidad por parte de una autoridad administrativa, la Corte IDH partió de que dicho título fue otorgado a través de una “resolución suprema del Presidente” y firmada también por el Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Relaciones Exteriores (párrafos 76 inciso a y 96). Luego, una autoridad jerárquicamente inferior, el Director General de Migraciones y Naturalización, a través de una “resolución directoral” fue la encargada de invalidar dicho derecho. La Corte IDH entonces dijo (párrafo 96):

“Además, la autoridad que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher resultó ser incompetente. En efecto, como quedó establecido (supra párr. 76.a), el señor Ivcher Bronstein adquirió la nacionalidad peruana a través de una “resolución suprema’ del Presidente” y su título de nacionalidad fue firmado por el Ministro de Relaciones Exteriores; sin embargo, perdió su nacionalidad como resultado de una “resolución directoral’ de la Dirección General de Migraciones y Naturalización”, indudablemente de menor jerarquía que la que le otorgó el derecho correspondiente (supra párr. 76.q), y que por eso mismo no podía privar de efectos al acto del superior. Esto demuestra nuevamente el carácter arbitrario del retiro de la nacionalidad del señor Ivcher, en contravención del artículo 20.3 de la Convención Americana.”
[Subrayado añadido]

Más adelante, al enjuiciar el procedimiento seguido contra el señor Bronstein, la Corte IDH remató (párrafo 109):

“Por último, la autoridad que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher era incompetente. Esta incompetencia no sólo deriva de su carácter subordinado con respecto a la autoridad que emitió el título, sino de la propia letra de la legislación peruana. Así, el artículo 110 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos dispone: [...] La nulidad [...] deberá ser declarada por el funcionario jerárquicamente superior al que expidió la resolución que se anula. Si

se tratara de resolución suprema, la nulidad se declarará también por resolución suprema.” [Subrayado y énfasis añadidos]

Cabe resaltar que en esta decisión, la Corte IDH otorga relevancia a la circunstancia de que una autoridad jerárquicamente inferior a la que inicialmente constituyó el derecho, fue la encargada de dejarlo insubsistente. Si bien apoya su conclusión en el derecho positivo peruano, ello lo argumenta de modo subsidiario, pues antes da a entender que la sola emisión del acto lesivo por parte de una autoridad jerárquicamente inferior ya entraña una anomalía (la incompetencia). Con ello, la Corte IDH pareciera seguir un principio, más allá del derecho explícito, conforme al cual *autoridad competente* para invalidar un derecho, en el ámbito de la Administración, lo es solamente aquella que lo otorgó o su superior jerárquico.

No se advierte alguna decisión posterior de la Corte IDH en la que aplique nuevamente este criterio. Sin embargo, en el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, glosado con anterioridad,³¹ podría entenderse que la Corte IDH optó por reducir su alcance y matizarlo. Si bien este caso no puede constituir un precedente sobre el procedimiento administrativo, por las razones que antes expresé, no le quita el valor de referente útil toda vez que al tratar de la remoción de jueces, la Corte IDH fijó el estándar garantista más alto para un procedimiento, por la importancia y variedad de los derechos comprometidos. Consecuentemente, en el futuro, cuando la Corte IDH enjuicie un procedimiento administrativo en el que sólo se pongan en juego los derechos del particular, es de suponerse que fije criterios acordes a dicho estándar o aún menor a él.

Así, en dicho caso (recuérdese, la destitución de los jueces de un tribunal administrativo supuestamente por haber incurrido en un error judicial inexcusable), el representante de las presuntas víctimas alegó que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia venezolano era, “de manera exclusiva”, la competente para destituir de sus cargos a quienes previamente había designado como magistrados, atento a un “principio del paralelismo de las formas” (párrafo 47). Es de hacerse notar que las consecuencias que le atribuyó a dicho principio coinciden

³¹ Ver *supra* en este mismo epígrafe, inciso (c) inmediato anterior.

con las de aquel otro aparentemente postulado por la Corte IDH en el caso Ivcher Bronstein.

Sin embargo, la reacción de la Corte IDH fue distinta a la que pudiera esperarse pues estimó infundado el alegato, basada en que la referida Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia declinó con anterioridad su competencia en la materia, a favor de la autoridad que finalmente sancionó a las supuestas víctimas (la Comisión de Funcionamiento y Restructuración del Sistema Judicial). Le pareció suficiente que el *tribunal competente* estuviera habilitado como tal en el ordenamiento jurídico, con anterioridad a la realización del acto enjuiciado (o sea, que no fuera un tribunal *ad hoc*) (párrafos 51 a 53), dejando de lado cualquier principio implícito que postulara que dicha autoridad fuera asimismo quien hubiera conferido el derecho invalidado.

(e)¿Es la garantía del “debido proceso” del artículo 8.1 de la Convención predicable al procedimiento administrativo? ¿Qué se entiende por “debido proceso”?

La respuesta es sí y para ello un par de casos señeros de derecho administrativo. El primero, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, donde la Corte IDH dijo, párrafo 125, que:

“La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.”

El segundo, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, en cuyos párrafo 103 y 104, la Corte IDH sostuvo:

“103. La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene dere-

cho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.

104. Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.” [Subrayado añadido]

Ahora bien, ¿qué se entiende por “debido proceso”? El párrafo 129 del caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* implica que es aquél instruido conforme a las garantías del artículo 8 de la Convención:

“La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.” [Subrayado añadido]

Por su parte, el párrafo 104 del caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* reiteró la misma idea:

“Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.” [Subrayado añadido]

Así, estas afirmaciones de la Corte IDH conducen a que ninguna particularidad tiene la expresión “debido proceso” del artículo 8.1 pues se identifica con la aplicabilidad del artículo 8 de la Convención a cualquier caso. Es decir, pareciera que no se trata de una garantía adicional y únicamente reafirma lo razonado en el inciso (a) anterior.

(f) ¿Rige en el procedimiento administrativo la garantía de fundamentación de las decisiones de autoridad administrativa?

El artículo 8.1 de la Convención no habla expresamente de una garantía de fundamentación. Sin embargo, la Corte IDH la subsume a dicho precepto. Al menos así se aprecia de la sentencia del caso *Yatama vs. Nicaragua*, donde al fijar su aplicabilidad al procedimiento ahí enjuiciado (párrafos 147 a 153 y 163), precisa que las decisiones correspondientes “...deben estar *debidamente fundamentadas*, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias” [las cursivas son mías] (párrafo 152). Y agrega que como tal entiende: “...*señalar las normas* en las que se fundamentaban los requisitos que estaba incumpliendo YATAMA, *los hechos* en que consistía el incumplimiento y *las consecuencias* de ello” [las cursivas son mías] (párrafo 153).

Posteriormente, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, la Corte IDH reiteró la regla anterior y explicó que si bien no son exigibles a una autoridad que adopte decisiones que determinen derechos, que respete las garantías “propias de un órgano jurisdiccional”, en todo caso “sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria” (párrafo 119). Luego, retoma el criterio de aplicabilidad de la garantía de fundamentación a todo procedimiento (párrafo 120) y resalta que en el caso concreto, la decisión no se plasmó por escrito, en el que se expresaran los motivos y normas en que se basó la autoridad para denegar la entrega de información (párrafo 122), de lo que concluye violación al artículo 8.1 de la Convención (párrafo 123).

En suma, sí existe una garantía de fundamentación incardinada en el artículo 8.1 de la Convención que rige al procedimiento administrativo y que se traduce en el deber a cargo de las autoridades de expresar por escrito los motivos y normas en que apoya su decisión.

(g) ¿Rige en el procedimiento administrativo la garantía de plazo razonable del artículo 8.1 de la Convención?

La Corte IDH ha establecido que sí rige y para ello se ha pronunciado en otro caso en el que enjuició un procedimiento netamente administrativo, me refiero al caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cuyas circunstancias relaté con anterioridad.³² En los párrafos 65 y 86 de esa sentencia la Corte IDH afirmó:

³² Ver *supra* inciso (a) de este mismo epígrafe.

“65. Al analizar el proceso administrativo de reivindicación de tierras indígenas en el presente caso, la Corte examinará, en primer término, la existencia formal de un recurso que permita solicitar la reivindicación de tierras indígenas. En segundo término, compete a la Corte analizar la efectividad del mencionado recurso, lo que implica examinar, inter alia, el respeto al principio del plazo razonable. Para ello, la Corte recuerda que para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.

[...]

86. La Corte considera que una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La falta de razonabilidad, sin embargo, puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo.”
[Subrayado añadido]

Sin embargo, debe advertirse que en este caso, la Corte IDH entendió que la regla de plazo razonable incardinaba no sólo en el artículo 8.1 de la Convención, sino también en el 25 (párrafo 105). Más adelante abundaré sobre la articulación de estos derechos en lo concerniente al procedimiento administrativo.³³

Conviene resaltar los elementos que la Corte IDH toma en cuenta para examinar la razonabilidad del plazo en que se desarrolla un procedimiento administrativo, que por lo demás, constituye un criterio consolidado sobre la duración de cualquier procedimiento: (a) complejidad del asunto, (b) actividad procesal del interesado y (c) conducta de las autoridades (párrafo 65 arriba transcrito).

(h) ¿Es la oralidad una garantía del procedimiento administrativo acorde con el artículo 8.1 de la Convención?

La decisión relevante sobre esta cuestión es el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezue-*

³³ Ver *infra* epígrafe 4.3.

la, y que como ya se explicó con anterioridad,³⁴ no puede considerarse un precedente en lo concerniente al procedimiento administrativo. Sin embargo, como también ya lo comenté, tiene el valor de un referente que indica el camino que la Corte IDH va siguiendo y que luego podría replicarse al procedimiento administrativo.

Especialmente, porque en lo que aquí me interesa comentar, la Corte IDH de hecho sentó un criterio que ella misma calificó aplicable a “todo procedimiento”. En efecto, en ese litigio, el representante de las víctimas alegó la necesidad de que éstas hubieran sido escuchadas en audiencia pública o privada (párrafo 74). La Corte IDH respondió que *prima facie* el artículo 8.1 de la Convención no prevé un derecho a la oralidad del procedimiento, lo que no obsta para que la Corte “...considere que la oralidad es una de las ‘debidas garantías’ que el Estado debe ofrecer a los justiciables en *cierto tipo* de procesos” (párrafo 75) [las cursivas son mías]. En este asunto, la Corte estimó que quien formulaba el alegato omitía acreditar tal extremo.

4.2. Aplicación de las garantías judiciales del artículo 8.2 de la Convención al procedimiento administrativo

La sección 2 del artículo 8 de la Convención se refiere expresamente a garantías que deben respetarse en un procedimiento penal:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

³⁴ Ver *supra* en este mismo epígrafe, inciso (c).

- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Este precepto complementa al que le precede y proporciona en un número significativo de garantías procedimentales. La duda inevitable será si las que aquí se prevén, que están claramente dirigidas a un procedimiento defensivo, como el juicio penal, rigen también para el procedimiento administrativo, más allá de aquél configurado en el ámbito sancionador. Revisemos las respuestas de la Corte IDH.

(a) ¿Las garantías del artículo 8.2 de la Convención resultan aplicables también al procedimiento administrativo o rigen exclusivamente en un proceso penal?

El camino recorrido por la Corte es similar al seguido respecto al artículo 8.1 de la Convención. También, de inicio, nos encontramos con una Opinión Consultiva, en esta ocasión la OC-11/90,³⁵ en cuyo párrafo 28 sostiene la Corte IDH:

“En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un siste-

³⁵ Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 11.

ma legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.” [Subrayado añadido]

Sin embargo, las peculiaridades de toda Opinión Consultiva, ya referidas líneas atrás,³⁶ prevalecen y por ello no puede desprenderse de ella una regla judicial que sea útil. Menos aún cuando el motivo de la consulta a la Corte IDH estaba muy alejado de los aspectos de procedimiento administrativo.³⁷

La aplicabilidad del artículo 1.2 de la Convención a un procedimiento que no es estrictamente judicial se repitió en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, párrafo 70:

“Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.” [Subrayado añadido]

Sin embargo, nuevamente debe decirse aquí lo dicho con anterioridad respecto a la falta de vinculación de esta decisión con la materia administrativa, lo que conduce a descartarla como precedente.

De nuevo la sentencia hito en la resolución de la cuestión será la recaída al caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. En su párrafo 125 dice:

“La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los ór-

³⁶ Ver *supra* epígrafe 4.1 inciso (a).

³⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consultó entonces a la Corte sobre: (1) ¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un indigente que, debido a circunstancias económicas, no es capaz de hacer uso de los recursos jurídicos en el país?; (2) En caso de eximirse a los indigentes de este requisito, ¿qué criterios debe considerar la Comisión al dar su dictamen sobre admisibilidad en tales casos? (3) ¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un reclamante individual que, por no poder obtener representación legal debido a un temor generalizado en los círculos jurídicos no puede hacer uso de los recursos que le brinda la ley en el país?; y (4) 2. En caso de eximirse de este requisito a tales personas, ¿qué criterios deberá considerar la Comisión al dar su dictamen de admisibilidad en tales casos?

denes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.” [Subrayado añadido]

Criterio que se reiteró en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, párrafo 103:

“La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.” [Subrayado añadido]

Vale la pena destacar algunos aspectos. Uno, en realidad la Corte IDH aplica de manera conjunta e indiscriminada los artículos 8.1 y 8.2 a la materia administrativa. Entiende que las garantías contenidas en ambos preceptos devienen aplicables por igual y las subsume en la noción de “debido proceso” (por eso no es una mera coincidencia que la fijación de la regla correspondiente se hace en las mismas sentencias).

Dos, del mismo modo, la Corte IDH impone, *prima facie*, como aplicables a cualquier procedimiento administrativo, las garantías del artículo 8.2 de la Convención.

Tres, pero tal aseveración requiere cautelas. Al emitir dichos criterios, la Corte no se enfrentó al problema de determinar si cada una de las garantías subsumidas en el artículo 8.2 de la Convención son aplicables a tal o cual procedimiento administrativo. Sin duda, en el caso del procedimiento administrativo sancionador, que comparte los principios del derecho penal, como se verá seguidamente, ello es plausible, cosa que en su oportunidad confirmó la Corte IDH. Pero, no podría decirse lo mismo de un procedimiento de gestión. ¿Puede sostenerse, por ejemplo, que existe un derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 8.2 inciso e de la Convención) para obtener un carnet de conductor? Tenemos

que esperar a que le sea sometido a la Corte un problema que entrañe dicha cuestión.

(b) ¿Comparten principios el derecho penal y el derecho administrativo sancionador y qué implicaciones tiene ello en el procedimiento administrativo?

En el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, donde se recordará que se enjuició un procedimiento disciplinario que dio lugar a la remoción de trabajadores públicos, la Corte IDH hizo explícito que ambos sectores del ordenamiento jurídico comparten “en ocasiones” la misma “naturaleza” (párrafo 106):

“...las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita...”

Ello, más adelante, llevó a la Corte IDH a reforzar la aplicación de las garantías del “debido proceso legal” al derecho administrativo sancionador, por mucho que en la Convención estén referidas explícitamente sólo al ámbito penal (párrafos 129 y 131). Es, digamos, un supuesto de derecho administrativo en el que indiscutiblemente la Corte IDH impuso la aplicación del artículo 8.2 de la Convención. Esto que, por lo demás, es ya un tópico del derecho administrativo sancionador, tendrá que irse especificando en el futuro, pues es necesario esclarecer en que “ocasiones” no compartirá la misma naturaleza con el derecho penal y sus consecuencias.

4.3. El principio de eficacia en el procedimiento administrativo

El valor *eficacia* en el procedimiento administrativo, como interés perseguido por la Convención, también ha estado presente en la jurisprudencia de la Corte IDH, específicamente en el caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* en el que, como ya relaté, se revisó un procedimiento administrativo previsto en la legislación paraguaya para

responder a las reclamaciones de territorio ancestral y hacer efectivo el derecho constitucional de propiedad de las comunidades indígenas.

En esta decisión, la Corte IDH sostuvo que dicho procedimiento debía cumplir con la característica de eficacia (párrafos 61 a 64). Sin embargo, llegar a esta conclusión no era sencillo, pues como se habrá advertido, dentro de las garantías procesales del artículo 8 de la Convención, a las que la Corte IDH había venido asimilando el procedimiento administrativo, no se impone alguna referida explícitamente a la eficacia. Para ese propósito, la Corte IDH engarzó las garantías procedimentales con el derecho relativo a un *recurso efectivo* del artículo 25 del mismo instrumento internacional. Es decir, aplicó una acepción más coloquial y menos técnica de la palabra *recurso*. Esto es: como “medio de cualquier clase que, en caso de necesidad, sirve para conseguir lo que se pretende”.³⁸

Así se lo propuso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte IDH, de forma tal que se concibiera al procedimiento administrativo como “un recurso judicial [un medio] efectivo, destinado a proteger las legítimas reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas del Paraguay” (párrafo 52.f). A ello la Corte IDH agregó que este recurso se apreciaba “dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción” (párrafo 62, ya transcrito con anterioridad),³⁹ lo que supuso una alusión implícita al artículo 2 de la propia Convención.

De hecho, la Corte IDH abundó sobre lo que el deber de *protección efectiva* dirigido a los Estados debía tomar en cuenta respecto a pueblos indígenas: “sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (párrafo 63); y añadió que el análisis sobre “la efectividad del mencionado recurso”, “implica examinar, *inter alia*, el respeto al principio del plazo razonable” (párrafo 65).

En resumen, para la Corte IDH, el procedimiento administrativo examinado en este caso constituye *un medio* para la satisfacción del de-

³⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, t. II, 21ª edición, RAE y Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 1746.

³⁹ Ver *supra* epígrafe 4.1 inciso (a).

recho de reivindicación de tierras de las comunidades indígenas del Paraguay; para que sea *eficaz* debe atender a las especiales condiciones de tales comunidades así como respetar el principio de plazo razonable. Sólo así podría entenderse que el estado satisface cabalmente los artículos 2, 8 y 25 de la Convención.

Al final, la Corte IDH concluyó que el procedimiento resultaba ineficaz, basándose en la violación al plazo razonable, así como en la inexistencia de un procedimiento *ad hoc* y no tanto en el incumplimiento de las condiciones anteriores. Esto último se advierte en el párrafo 97:

“Los procedimientos establecidos en la Ley No. 854/63 y en la Ley No. 904/81 únicamente permiten al IBR y al INDI, respectivamente, disponer de tierras fiscales, expropiar tierras irracionalmente explotadas o negociar con los propietarios privados, a efectos de entregarlas a las comunidades indígenas, pero cuando los propietarios particulares se niegan a vender las tierras y demuestran la explotación racional de las mismas, los miembros de las comunidades indígenas no tienen un recurso administrativo efectivo que les permita reclamarlas.” [Subrayado añadido]

Esta circunstancia, desafortunadamente, impide desprender mayores reglas que las glosadas respecto a dicha decisión. Sin embargo, pocos meses después, la Corte IDH se enfrentó a un asunto similar, dirigido igualmente contra Paraguay, el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*,⁴⁰ en el que tuvo la oportunidad de afinar el criterio y en todo caso perfilar una línea jurisprudencial.

Tras ratificar la regla de los artículos 2, 8 y 25 de la Convención, respecto a la aplicación del recurso (medio) efectivo al procedimiento administrativo de reivindicación de tierras por parte de comunidades indígenas, la Corte IDH examinó su eficacia, más allá del principio de plazo razonable, determinando que presentaba “al menos tres falencias” (párrafo 104):

- (a) El resultado del procedimiento dependía de considerar una circunstancia ajena a “los aspectos propios de los pueblos indígenas”:

⁴⁰ Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

“la explotación racional de las tierras reclamadas” por sus actuales propietarios en vez de “la significación especial que las tierras tienen para éstos [los grupos indígenas]” (párrafos 104 y 105).

- (b) Que la autoridad instructora del procedimiento, solamente estaba facultada para realizar negociaciones de compra de tierras o de reasentamiento de los miembros de las comunidades indígenas, de modo tal que “descansa en la voluntad de una de las partes —que acceda a la venta por un lado, o al reasentamiento por el otro— y no en una valoración judicial o administrativa que dirima la controversia” (párrafo 106). Y
- (c) Que durante el procedimiento, las autoridades administrativas paraguayas no habían efectuado “suficientes estudios técnicos” (párrafo 107).

Hasta aquí la Corte IDH ha dado un paso significativo adscribiendo la *eficacia* del recurso regulado por el artículo 25 de la Convención al procedimiento administrativo destinado a satisfacer algún derecho particular (o comunal, como fue el caso). Sin embargo, queda camino por recorrer para que la Corte aprecie dicho valor con relación al interés general, que como sabemos, constituye el fin subyacente a toda actividad administrativa.

Efectivamente, si bien —como hasta el momento se ha evidenciado— el procedimiento administrativo se configura como una garantía de los derechos de los particulares, ello no obsta para que satisfaga otra finalidad, igual de primordial: la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de medidas por parte de la Administración.⁴¹ No me cansaré de insistir en esta idea y es más, abundo, pues de lo anterior podría decirse que en concreto, el procedimiento administrativo cumple con al menos tres funciones: (a) la ya referida de garantía de los sujetos afectados; (b) como mecanismo de ordenación de la actividad administrativa; y (c) como sede de composición de intereses.⁴² En futuras decisiones, la Corte IDH habrá de apreciar dichas funciones.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo, II*, 8ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 443

⁴² Cfr. CIERCO SEIRA, César, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 53-81.

4.4. Medios de impugnación administrativos; el juicio contencioso administrativo

Dejo atrás lo atinente al procedimiento administrativo y ahora me centro en los medios de impugnación de decisiones administrativas. Esto es, del *recurso efectivo* en materia administrativa, entendido ahora en un sentido técnico, lo que comprende tanto a los recursos en sede administrativa como al proceso contencioso administrativo.

La primera decisión de la Corte IDH relevante es la recaída al caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.⁴³ La litis se refirió al despido de un grupo de trabajadores del Congreso Nacional de la República del Perú, a través de resoluciones del Congreso, las cuales, en numerosos casos, fueron impugnadas por los afectados, aunque en otros no ocurrió así.

La Corte IDH partió de la configuración de un derecho de impugnación articulando para ello los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención (párrafo 106). Luego añadió que su examen sobre el cumplimiento de estos preceptos se centraba en definir si se garantizaba o no “un verdadero acceso a la justicia” (párrafo 107). Ya en el caso concreto, la Corte IDH pormenorizó este cometido y dijo que pasaba a determinar si las víctimas “pudieron determinar con certeza jurídica la vía a la cual se podría o se debía acudir para reclamar los derechos que consideran vulnerados...” (párrafo 110).

Es decir, la cuestión resuelta por la Corte se refirió a la *necesaria claridad* de las prescripciones que imponen el agotamiento obligatorio de determinados recursos en la secuencia de impugnaciones de actos administrativos (recurso administrativo, contencioso administrativo y amparo), ello en el contexto de la garantía de acceso a la justicia. En ese orden de ideas, a partir de contradicciones normativas y discrepancias en las resoluciones de los tribunales de lo contencioso administrativo peruanos, la Corte concluyó que en ese caso no existía la condición requerida (párrafos 111 a 116).

La segunda —y hasta el momento última— decisión en la que la Corte

⁴³ Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

IDH ha suscrito alguna doctrina en este tema fue en el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*.⁴⁴ El litigio aludía al despido de una jueza, contra la cual interpuso un “recurso de nulidad” que le resultó favorable, empero, dicha decisión omitió la restitución a su cargo y el pago de salarios y beneficios sociales dejados de percibir. De ese modo, la litis se centró en la eficacia de dicha acción de nulidad, llevada ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, que se asimila a un juicio contencioso administrativo, aunque, como ya acoté en otros casos referentes a remoción de jueces, el valor como precedente de derecho administrativo de decisiones donde se puso en juego la función judicial es menor porque concurren intereses más allá de los que representados por los afectados.

En esa tesitura, la importancia del caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela* comprende únicamente al pronunciamiento de la Corte IDH en el sentido de que el recurso de nulidad incardina en el supuesto de recurso judicial efectivo del artículo 25 de la Convención (párrafos 59 a 62) y que el pago de salarios y beneficios dejados de percibir en casos de ese tipo constituye una consecuencia obligatoria, ínsita en la eficacia misma del recurso, lo que por lo demás, se adscribe a una reiterada línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre la reparación de violaciones a derechos (párrafo 126). Queda así al margen el análisis sobre si la reincorporación al cargo es también no un rasgo de eficacia del recurso de nulidad, pues se basa, sustancialmente, en la especial circunstancia de que se trataba de una jueza (párrafos 62 a 125).

5. Conclusiones

La atención que la Corte IDH ha dispensado al procedimiento y proceso administrativo es realmente escasa. Ello puede atribuirse a diversos factores: (1) la corta vida de la Corte IDH, que no pasa de los 30 años; (2) el sistema de legitimación activa ante la Corte IDH que impide la afluencia de un número mayor y más variado de asuntos, pues solamente los Estados o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos están posibilitados jurídicamente para hacerlo; y (3) el desconocimiento o escaso interés de los operadores jurídicos nacionales, especialmente los abogados, en sacar ventaja de las ventajas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

⁴⁴ Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Esta situación ha provocado que las decisiones de la Corte IDH sobre el tema sean muy incipientes, referidas apenas a aspectos generales y casi siempre con la voluntad de maximizar el alcance de los derechos fundamentales de la Convención, especialmente los de índole procesal. Sin embargo, todavía falta mucho por escribirse en la materia. Tarde o temprano, la Corte IDH se tendrá que enfrentar a problemas de procedimiento y proceso administrativo en los que necesariamente tendrá que ponderar el interés privado frente al público.

En lo que ello ocurre, conviene que los operadores jurídicos se percaten de las potencialidades de la Convención y la escasa, pero no por eso menos valiosa, jurisprudencia que hasta el momento ha producido la Corte IDH. Pudiera parecer paradoja a lo presentado en este trabajo expresar al lector mi convicción de que el espacio más importante en el que debe desenvolverse la Convención no es el de la Corte IDH, sino el de los tribunales nacionales. La propia Corte esté persuadida de lo mismo, pues en el párrafo 128 de la sentencia recaída al caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, indicó:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”

Es así que la Corte IDH postuló el denominado “control de convencionalidad” paralelo al de constitucionalidad. En el Voto Razonado que acompañó a dicha decisión, el Juez García Ramírez explicó con claridad la cuestión, al aludir a la imposibilidad de que dicho tribunal juzgara centenares o millares de casos (párrafo 8), lo que resultaría, además, en desvalimiento de los individuos. La clave está en que los Estados reco-

jan en el conjunto de su aparato jurídico el “criterio de interpretación y aplicación” fijado por la Corte IDH.

En mi opinión, no es necesario esperar a que la Corte IDH produzca tales criterios, sino que los propios Estados, a través de sus tribunales, los vayan modelando. Siguiendo de nuevo a García Ramírez en el mismo Voto (párrafo 13): ese “control extenso —al que corresponde el control de convencionalidad— se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos”.

Ciudad de México, 23 de agosto de 2008.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: HACIA UN ESTÁNDAR CONTINENTAL

Por Allan Brewer-Carías

I. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El signo más importante de la evolución del derecho administrativo en América Latina durante las últimas décadas ha sido el proceso de su codificación, particularmente a través de la sanción de leyes reguladoras del procedimiento administrativo en general. En la actualidad, casi todos los países de la región cuentan con leyes de esta naturaleza, y en todos ellos, el derecho administrativo, sin duda, puede siempre dividirse en dos grandes etapas en su evolución, referidas a antes y después de la sanción de dichas leyes.

Las leyes de procedimiento administrativo, por tanto, en todos los países comenzaron a darle un nuevo enfoque al objeto de la disciplina, la Administración Pública, comenzándose a regular con amplitud y precisión tanto su actividad sustantiva como los aspectos centrales de su relación con los administrados. Estas leyes difirieron de las que antes existían relativas básicamente a la organización interna de la Administración, regulándose entonces el conjunto de situaciones jurídicas en las cuales

se encuentran tanto la Administración como los administrados en sus relaciones recíprocas, es decir, el conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte; y por la otra, los derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquella.

Siendo ese el sentido central de la regulación de las leyes, las mismas cambiaron totalmente la situación tradicional de estas relaciones entre Administración y particular, en la cual el balance estaba a favor de la Administración, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas y las obligaciones de los administrados, y pocas sobre sus derechos. Ese balance fue el que cambió sustancialmente a partir de la sanción de las leyes de procedimiento administrativo buscándose entonces una situación de equilibrio entre poderes de la Administración y derechos de los particulares, que se garantizan. Ello, por otra parte, es la esencia del principio de la legalidad y de las regulaciones jurídicas sobre la Administración: el equilibrio que tiene que existir entre poderes y prerrogativas administrativas y derechos de los particulares.

Al cambiar totalmente el balance de esos dos extremos y establecerse un equilibrio, las leyes de procedimiento administrativo, al establecer formas generales de la actuación de la Administración, originaron en todos los países un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración, a los efectos de lograr que dejara de ser la Administración prepotente que sólo concedía dádivas o favores al administrado, quien por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello cambiara, pues del administrado que la Administración iba a enfrentar ya no era uno indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que significara la desmejora de esas garantías.

Este proceso de transformación del derecho administrativo mediante la codificación del procedimiento, se inició en Argentina donde se sancionó la primera de las leyes nacionales sobre procedimientos administrativos que se han dictado en América Latina, que fue la Ley de Procedimientos Administrativos, N° 19.549 de 1972, reformada por la Ley N° 21.682.

Luego siguió el Decreto con fuerza de ley N° 640/973, sobre Procedimientos Administrativos, dictado en Uruguay en 1973, sustituido por el De-

creto 500/991 de 1991, sobre Normas Generales de Actuación Administrativa y Regulación del Procedimiento en la Administración Central.

Un lustro más tarde se sancionó la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, de 1978, la cual no sólo reguló el procedimiento administrativo, sino todos los aspectos esenciales del derecho administrativo, por lo que constituyó casi un “manual” de esta rama del derecho redactado en forma de artículos.

En ellos se encuentra explicado el derecho administrativo como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto. Es un ejemplo claro de la codificación, no sólo del procedimiento administrativo sino, como se dijo, de todo el derecho administrativo.

Posteriormente siguió la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, de 1981; la cual, en la materia, fue luego complementada, con la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos (Decreto-Ley N° 368 de 05-10-99, reformada en 2008) y con la Ley Orgánica de la Administración Pública de 17-10-01, también reformada en 2008.

Unos años más tarde, en 1984, se produjo la reforma del Código Contencioso Administrativo de Colombia, al cual se le incorporó un nuevo “Libro” sobre “Procedimientos Administrativos”, también complementado con las disposiciones del Decreto N° 266 de 2000 de Normas para la Simplificación Administrativa.

En 1987, por otra parte, se dictó la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras; y luego de un período de casi diez años, se dictó en México, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1994; en Brasil, la Ley N° 9.784 que regula el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal de 29-01-99; en Panamá, la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, del Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales; en Perú, la Ley N° 27.444 del Procedimiento Administrativo General, de abril de 2001; en Bolivia, la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 sobre Ley de Procedimiento Administrativo; y en Chile, la Ley N° 19.880 de 29 de mayo de 2003, de Ley de Procedimientos Administrativos. En Ecuador también se dictó el

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva por Decreto Ejecutivo N° 1634 de 1994, que regula aspectos del procedimiento administrativo.

Siguiendo la evolución histórica de la legislación relativa al derecho administrativo, este conjunto de leyes generalmente ha tenido, en cada país, antecedente en disposiciones reglamentarias, incluso establecidas como normativa general, como fue el caso de Uruguay. Igualmente, como antecedente reglamentario general, debe citarse el Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo de Perú, dictado por Decreto Supremo N° 006-67-56 de 1967, el cual, en principio, fue el primer cuerpo normativo sobre el tema en América Latina.

Todos estos textos, en una forma u otra, tienen un rasgo común y es la influencia de la legislación española a través de las ya derogadas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Ley de Procedimientos Administrativos de 1958. Estos textos fueron sustituidos en España por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por Ley 4/1999 de 13 de enero de 1999), la cual, por otra parte, influyó en la redacción de la Ley peruana de 2001. Por tanto, en una forma u otra, los textos españoles han influido toda la legislación de América Latina, aún cuando en algunos casos más directamente que en otros, como por ejemplo ha sido el caso de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana de 1981.

Otro rasgo común de este conjunto normativo es que abarcan todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos. Por ello puede considerarse que casi todas estas leyes, son básicamente, leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo. Así se resume en la Ley del Perú, en cuyo artículo 29, al definir el procedimiento administrativo, se lo entiende como el:

Conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

En todo caso, estas regulaciones legales sobre el procedimiento admi-

nistrativo han tenido en toda América Latina, la enorme importancia de haber contribuido no sólo al desarrollo del derecho administrativo sino por sobre todo al afianzamiento del principio de la legalidad.

En todos los países de América Latina, la motivación central de estos cuerpos normativos reguladores tanto del procedimiento como de los actos administrativos, ha sido, por una parte, el establecimiento de un régimen de la acción de la Administración para la producción de sus actos administrativos y por la otra, la previsión de un régimen de garantías de los administrados frente a la Administración. Estas leyes reflejan, por ello, como se ha dicho anteriormente, la lucha permanente que ha caracterizado al propio derecho administrativo, dirigida a la búsqueda de un balance entre los privilegios de la Administración y los derechos de los particulares. De allí que las mismas regulen el desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, y además, busquen que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados.

Por ello, por ejemplo, en los Considerandos de la Ley de Honduras de 1987 se señala que en el Estado Moderno:

La satisfacción de los intereses públicos exige el respeto de las formas creadas como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa.

Asimismo, en los Considerandos del Decreto 500/991 de Uruguay, se precisó la motivación de todo su conjunto normativo, al establecer que tiene por objeto regular la actuación de la Administración:

A fin de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y para mejor tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados.

De ello resulta este rasgo común de las regulaciones sobre procedimientos administrativos, de buscar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración y servir con objetividad los intereses generales y, a la vez, tutelar los derechos e intereses de los particulares. Eso lo señala expresamente, por ejemplo tanto el artículo 1º de la Ley 9.784 de Brasil, como el artículo III (finalidad) del Título Preliminar de la Ley 27.444 del Perú.

Pero además, también puede identificarse como otra motivación general de las leyes de procedimiento administrativo al establecer las formas de la actuación de la Administración en sus relaciones con los particulares, que se realice con el menor formalismo posible. Por ello, en los mismos Considerandos del Decreto uruguayo se señaló, también, que el texto tiene por objeto agilizar y dar flexibilidad al procedimiento administrativo, “evitando la realización o exigencias de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento”.

II. LA ENUMERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LAS LEYES

Una característica general de estas leyes de procedimiento administrativo en América Latina, es la enumeración en el propio texto de las leyes, del conjunto de principios generales sobre los mismos,¹ los cuales, por tanto, no se tienen que deducir por interpretación, permitiendo así, al juez contencioso administrativo o de control de la actividad administrativa, tener más precisas herramientas de control sobre la actuación administrativa. Incluso, en algunos casos, los principios se han establecido con rango constitucional, como es el caso de la Constitución de Venezuela de 1999, en cuyo artículo 141 se precisa que:

Artículo 141: La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Pero en general, ha sido en las leyes de procedimiento administrativo donde se han enumerado estos principios.

¹ Véase en general sobre este tema lo que hemos expuesto en los siguientes trabajos: Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid 1990; *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Études de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, Prólogo de Frank Moderne, Editorial Economica, París 1992; también publicado en *Etudes de droit public comparé*, Académie Internationale de Droit Comparé, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, pp. 161-274 ; y *Principios del Procedimiento en América Latina*, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003

Se destaca, como ejemplo la Ley de Honduras, en cuyos Considerandos se precisó que “la actividad administrativa debe estar presidida por principios de economía, simplicidad, celeridad y eficacia que garanticen la buena marcha de la Administración”, a fin de lograr una pronta y efectiva satisfacción del interés general (art. 19).

Asimismo, la Ley argentina expresamente señaló en su artículo 1,b, que los principios que rigen en el procedimiento administrativo, son la “celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites”.

En el caso de Venezuela, además de los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos agregó el principio de imparcialidad (art. 30) y, adicionalmente, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999, reformada en 2008 enumeró los siguientes principios en los cuales se debe fundamentar la simplificación de trámites administrativos: “conforme a los cuales se deben elaborar los planes de simplificación, que son: “simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe del interesado o interesada, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas.”

Estos principios los repitió el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, reformada en 2008, al precisar que su actividad se debe desarrollar con base en “los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.” A la norma se agregó, además, la indicación de que “La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.”

En Ecuador, igualmente, la Ley de Modernización del Estado precisó que los procesos de modernización se deben sujetar a los principios de

eficiencia, agilidad, transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social.

En el Código de Colombia, además de todos estos principios, se agregaron otros como los de publicidad, contradicción y conformidad con el propio Código (art. 3); es decir, el principio de legalidad objetiva.

En la Ley Federal de México, se siguió la misma orientación del texto colombiano, y se agregó a la enumeración, también, el principio de la buena fe (art. 13).

Hay otros textos, como el Decreto del Uruguay, donde la enunciación de los principios es muy extensa y comprensiva, como resulta de su artículo 2, conforme al cual la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales: a) Imparcialidad; b) Legalidad objetiva; c) Impulsión de oficio; d) Verdad material; e) Economía, celeridad y eficacia; f) Informalismo en favor del administrado; g) Flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; h) Delegación material; i) Debido procedimiento; j) Contradicción; k) Buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario; l) Motivación de la decisión; y m) Gratuidad.

En el mismo sentido se destaca la Ley de Brasil, la cual destinó al tema de los principios del procedimiento administrativo un extenso artículo (art. 2), en el cual se enumeran además de un conjunto de criterios que deben guiar los procedimientos administrativos, los “principios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Con la Ley del Perú de 2001 se produjo un avance fundamental en este proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo, al precisar en el artículo IV del Título Preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios general del derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, que se enumeran a título enunciativo y no taxativo: principio de legalidad; principio del debido procedimiento; principio del impulso de oficio; principio de razonabilidad; principio de imparcialidad; principio de informalismo; principio de presunción de veracidad;

principio de conducta procedimental; principio de celeridad; principio de eficacia; principio de verdad material; principio de participación; principio de simplicidad; principio de uniformidad; principio de predictibilidad; principio de privilegio de controles posteriores. Una enunciación similar, de carácter exhaustivo se puede encontrar en la Ley de Bolivia de 2002, en la cual el artículo 4 enumera e incluso define los siguientes principios a los que debe sujetarse la Administración Pública:

- a) Principio fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad;
- b) Principio de autotutela: La Administración Pública dicta actos que efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior;
- c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;
- d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;
- e) Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo;
- f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados;
- g) Principio de legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;
- h) Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación admi-

nistrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;

- i) Principio de control judicial: El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables;
- j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas;
- k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;
- l) Principio de informalismo: La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo;
- m) Principio de publicidad: La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que ésta u otras leyes la limiten;
- n) Principio de impulso de oficio: La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público;
- o) Principio de gratuidad: Los particulares sólo estarán obligados a realizar prestaciones personales o patrimoniales en favor de la Administración Pública, cuando la Ley o norma jurídica expresamente lo establezca; y,
- p) Principio de proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

En la Ley No 38 de Panamá, entre las misiones de la Procuraduría de la Administración se indica la “coadyuvar a que la Administración Pública desarrolle su gestión con estricto apego a los principios de legalidad, ca-

lidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad en la prestación de los servicios públicos” (art. 3,2); y luego en su artículo 34 se precisa que “las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.”

Por último, en la Ley N° 19.880 de Procedimientos administrativos de Chile de 2003, también se indica que el procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad (Art. 4).

Estos principios, además, como lo señala el artículo 2 de la Ley de Brasil, deben servir como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento. En el mismo sentido, se regula en la Ley de Honduras (art. 19 y 114) y la Ley del Perú (artículo IV del Título preliminar), donde se señaló no sólo que los principios deben servir de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, sino además, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

Por ello, una enumeración extensísima de principios del procedimiento administrativo, como la contenida en las leyes de Brasil, de Uruguay y de Perú, sin duda, como se dijo, tiene la ventaja de permitir al juez contencioso-administrativo ejercer un control más efectivo y con mayor amplitud en relación con la actividad administrativa.

Pero por supuesto, mucho más importante que la sola enumeración de los principios, es la definición en los textos legales del contenido de los mismos, como ocurre con el artículo 4 de la Ley de Bolivia antes mencionado. Es lo que hacen el Código colombiano (art. 2) y más extensamente, la Ley del Perú, en la cual su artículo IV,1.2 del Título Preliminar dispuso que los administrados deben gozar de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, el cual se rige por los principios de derecho administrativo, que comprende el

derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Por otra parte, al referirse al principio de celeridad, el mismo artículo 2 del Código colombiano señala que en virtud del mismo:

Las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

La Ley del Perú, por su parte, en relación con este mismo principio de celeridad, dispuso en el artículo IV, 1.9 del Título Preliminar, como obligación para quienes participan en el procedimiento, el que deben ajustar su actuación de tal modo que:

Se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

Por otra parte, en cuanto al principio de la eficacia, la norma del Código colombiano señala que el mismo tiene por objeto lograr la finalidad del procedimiento “removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias”.

La Ley del Perú, en relación con este principio de la eficacia, en el mismo artículo IV del Título Preliminar, es aún más explícita, al señalar:

1.10 Principio de eficacia. Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales

deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

En cuanto al principio de imparcialidad, la Ley 19880 de Chile dispone que “La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte” (Art 11).

En todos estos casos, sin duda, como hemos destacado, al precisarse el contenido de los principios, el Juez contencioso-administrativo dispone de mayores elementos para poder ejercer su competencia de control sobre la actuación de la Administración.

No debe olvidarse, sin embargo, que en América Latina, antes de que se comenzaran a dictar las leyes generales sobre procedimientos administrativos, la mayoría de los principios antes mencionados, se habían venido construyendo, con la ayuda de la doctrina y sin texto normativo expreso, como consecuencia de la labor del juez contencioso-administrativo. Por ello es que el derecho administrativo en América Latina puede dividirse en las dos etapas antes mencionadas: antes y después de las leyes que han regulado todos esos principios, los cuales, antes, habían sido creación de la jurisprudencia, y delineados por la doctrina. En todo caso, a medida que estos principios se han ido estableciendo en textos legales expresos, se han reforzado los instrumentos que le han permitido al juez ejercer con mayor precisión el control de legalidad, catapultándose, en consecuencia, tanto la jurisprudencia como la doctrina.

Por ejemplo, el que se encuentre en el Decreto uruguayo y en las Leyes de Perú, Venezuela y Bolivia, la enunciación expresa del principio de la buena fe puede considerarse como una revolución en el régimen jurídico de la Administración Pública, porque en la práctica de algunas Administraciones Públicas, lamentablemente, lo que existe de parte de los funcionarios es una especie de presunción de que el administrado actúa de mala fe, por lo que usualmente busca obstaculizar sus pretensiones; y el administrado, por su parte, con frecuencia responde a esta actitud, buscando engañar a la Administración.

El principio de la buena fe, al contrario, tiene que convertirse en el ins-

trumento que pueda garantizarle al particular que puede confiar en la Administración y en el funcionario, y viceversa. En consecuencia, encontrar este principio expresamente consagrado en el derecho positivo permite al Juez poder controlar más la actuación de la Administración.

En relación con este principio de la buena fe, la Ley del Perú lo enunció, dentro del principio de conducta procedimental (art. IV, Título Preliminar), así:

1.8 Principio de conducta procedimental. La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Incluso, en la Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos (2008) se formula el principio de que:

Artículo 23: De acuerdo con la presunción de buena fe, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se tomará como cierta la declaración de las personas interesadas, salvo prueba en contrario. A tal efecto, los trámites administrativos deben rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos.

Este principio, por otra parte, se recogió como “presunción de veracidad” en el artículo 3º del Decreto N° 266 de 2000 de Colombia sobre simplificación de trámites.

Ahora bien, entre los principios del procedimiento administrativo que ya puede considerarse que conforman un estándar en Latinoamérica, se destacan el principio de eficacia, el principio de la celeridad y el principio de la buena fe.

III. EL PRINCIPIO DE EFICACIA

El principio de eficacia puede decirse que se incluye expresamente en todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina,

expresamente incluido en las leyes de Argentina (art. 1), de Venezuela (art. 30), de Honduras (art. 19), de Brasil (art. 2) y de México (art. 13), y en el Decreto de Uruguay (art. 2).

Una definición precisa del principio de la eficacia, como se ha dicho, se encuentra en el Código colombiano (art. 3), en la Ley de Bolivia (art. 4,j), y en la Ley de Perú (art. IV, 10,1), en los cuales se privilegia en el procedimiento administrativo, el logro de su finalidad, para lo cual deben removerse todos los obstáculos formales y dilaciones innecesarias; debiendo prevalecer dicho logro sobre los formalismos siempre que no incidan en su validez ni disminuyan las garantías de los administrados.

Sobre este principio de la eficacia, el artículo 19 de Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela dispone que la actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe perseguir el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por el Presidente de la República, la Comisión Central de Planificación, el gobernador, o el alcalde, según el caso (art. 19). Para ello, el funcionamiento de los órganos y entes de la Administración Pública, se debe sujetar a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos “planes estratégicos, compromisos de gestión y lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada,” y debe comprender el seguimiento de las actividades, así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados (art. 18).

Por su parte, en relación con este principio, la Ley de Honduras prescribe que “las cuestiones incidentales que se suscitaren en el procedimiento, incluso las que se refieren a la nulidad de actuaciones, no suspenderán el curso del procedimiento, salvo la recusación” (art. 39), lo que en esta materia conlleva al principio de la conservación, del saneamiento o de la convalidación de los actos administrativos, precisamente a los efectos de que los procedimientos puedan lograr su finalidad.

En consecuencia, el logro del fin propuesto es lo que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento; fin que está vinculado, como se ha señalado, tanto al interés general, como al interés de la Administración y del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y

con el menor costo posible; de allí este principio de la eficacia, el cual además, conlleva varios otros entre los cuales se destacan el principio de la instrumentalidad; el principio de simplicidad y de la economía procedimental; el principio de la presunción de la legalidad y validez, es decir, el del logro de los efectos de los actos, comenzando por la presunción de su validez y eficacia; el principio *favor acti*; el principio de la conservación del acto; el principio *pro actione* o de la interpretación más favorable a lo solicitado, a la acción o al requerimiento.

1. El principio de la instrumentalidad: el objeto y la finalidad del procedimiento

El principio de la instrumentalidad exige interpretar el procedimiento administrativo, no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar el fin perseguido por la Administración.

Esa finalidad del procedimiento, como se dijo, puede desdoblarse en tres, tal y como lo precisan las leyes de procedimiento administrativo: primero, la consecución del interés general; segundo, la satisfacción del interés del administrado, y tercero, el logro del interés de la propia Administración en la relación jurídica concreta.

Siendo el procedimiento un asunto de la Administración, se destaca la finalidad de “establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración sirva a la protección del interés general” (art. III, Título Preliminar, Ley del Perú), o en otras palabras, tiene por objeto asegurar que el desempeño de la función pública esté destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad (art. 4,a, Ley de Bolivia), o que el cumplimiento de la acción administrativa esté vinculada al logro de un interés general (art. 209 Código de Colombia). Por ello, la Ley de Honduras establece que los principios del procedimiento administrativo buscan “garantizar la buena marcha de la Administración” (Considerandos); y la Ley General de Costa Rica precisa que “el procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración” (art. 214,1); agregando que “la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige” (art. 10).

Por su parte, el Código colombiano exige que los funcionarios deben tener en cuenta “que la actuación administrativa tiene por objeto el cum-

plimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley” (art. 2).

Pero además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. Esto, como se ha mencionado, está expresado en la Ley General de Costa Rica, donde se precisa que el procedimiento administrativo debe desarrollarse, “con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado.”(art. 10,1 y 214,1); en la de Honduras, la cual establece que el procedimiento se regula “como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa” (Considerandos). En igual sentido, se expresa el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú, y en Código colombiano se exige de los funcionarios que en su actuación también tengan en cuenta “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (art. 2).

La consecuencia del principio de la instrumentalidad, es la proscripción de cualquier utilización del procedimiento establecido en las leyes para la consecución de fines distintos a los previstos en las leyes, de manera que su utilización para fines distintos vicia la actuación de la Administración por desviación de poder en el resultado, es decir, desviación del procedimiento.

2. Los principios pro actione y favor acti (favor administrationis)

Teniendo el procedimiento administrativo entre sus finalidades, por una parte la satisfacción de las pretensiones de los administrados y por la otra, el logro de los fines públicos establecidos en la ley, el principio de eficacia implica que mismo también debe estar guiado por otros dos principios paralelos: el principio *pro actione* y el principio *favor acti*.

El principio *pro actione* implica la necesidad de que las solicitudes se interpreten a favor de quien solicita la petición, y está consagrado expresamente en la legislación de Costa Rica cuando establece que las normas de procedimiento “deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones” (art. 224).

En cuanto a la admisión de la solicitud o de las peticiones presentadas

por los interesados, el principio tiene consecuencias concretas en el caso de la legislación de Colombia (art. 11), de Bolivia (art. 43), de Venezuela, (art. 45) de Honduras (art. 115), de Panamá (art. 76), y del Perú (arts. 125 y 126), pues la Administración está obligada a advertir a los particulares los errores o las omisiones que puedan tener las peticiones, para que dichos errores u omisiones no conlleven su inadmisibilidad.

Como consecuencia, no se puede negar la petición que haga un administrado por causa de una omisión, sino que la Administración está obligada advertirle los errores, para que el particular los corrija.

Pero como se ha dicho, el procedimiento administrativo tiene ante todo por finalidad el logro de los fines de la Administración, de la cual surge otro principio también derivado del principio de eficacia, que es el principio *favor acti* el cual implica que la Administración debe interpretar el procedimiento de manera que sea favorable a la emisión del acto administrativo, es decir, a la obra de la Administración. Por tanto, ante el no acatamiento de elementos formales en el procedimiento, debe preferirse evitar la ineficacia o plantear una ineficacia parcial, que concluir con la ineficacia total del acto. Es decir, el procedimiento debe interpretarse de manera que efectivamente pueda haber una decisión, sin que la falta de cumplimiento de determinadas formalidades afecten el acto y la propia voluntad de la Administración.

Este principio *favor acti* o también, *favor administrationis*, por ejemplo, tiene relación con el tema del funcionario de hecho, los cuales se han definido en la Ley de Costa Rica, como “el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aún fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno” (art. 115). Si reúnen las condiciones prescritas en la Ley General, prescribe su artículo 116: “los actos de un funcionario de hecho serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél”, quedando la Administración “obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos” (art. 116).

3. Los principios de la simplicidad y economía procedimental

El principio de la eficacia, conlleva también a la necesidad de racionalizar la actividad administrativa, originando además, otros principios,

como el de la simplicidad (normalización o uniformización) que ha sido definido en la Ley del Perú, en su artículo IV del Título Preliminar, como sigue:

1.13 Principio de simplicidad. Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

1.14 Principio de uniformidad. La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

Indica, además la Ley del Perú, que en todo caso, los procedimientos administrativos se deben desarrollar “de oficio, de modo sencillo y eficaz, sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas”, (art. 144); y la Ley de Bolivia precisa que “los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias”(RT. 4, K).

La Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos de 2008, por su parte, establece sobre este mismo principio, que:

Artículo 21. El diseño de los trámites administrativos debe realizarse de manera que los mismos sean claros, sencillos ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para las personas, a fin de mejorar las relaciones de éstos con la Administración Pública, haciendo eficiente y eficaz su actividad.

Además, la mencionada Ley, al desarrollar el principio de la simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración señala que la Administración Pública no puede exigir requisitos adicionales a los contemplados en la normativa vigente, salvo los que se establezcan en los instrumentos normativos que se dicten en ejecución de dicha Ley (art. 10). Con carácter general, además, se dispone que

los órganos y entes de la Administración Pública no pueden exigir para trámite alguno, la presentación de copias certificadas actualizadas de partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, así como de cualquier otro documento público, salvo los casos expresamente establecidos por ley (art. 17). Adicionalmente, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública no pueden exigir copias certificadas de la partida de nacimiento como requisito para el cumplimiento de una determinada tramitación, cuando sea presentada la cédula de identidad, salvo los casos expresamente establecidos por ley (art. 18).

Por otra parte, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública, en virtud del principio de cooperación que debe imperar en sus relaciones interorgánicas, deben implementar bases de datos automatizadas de fácil acceso y no pueden exigir la presentación de copias certificadas o fotocopias de documentos que la Administración Pública tenga en su poder, o de los que tenga la posibilidad legal de acceder (art. 11).

Además, en aras de la simplicidad, la Ley agrega que los órganos y entes, en el ámbito de sus competencias, deben eliminar las autorizaciones innecesarias, solicitudes excesivas de información de detalle y, en general, la exigencia de trámites que entorpezcan la actividad administrativa (art. 13).

Por último, el artículo 14 de la Ley dispone en particular, que los órganos y entes de la Administración Pública deberán identificar y disponer la supresión de los requisitos y permisos no previstos en la Ley, que limiten o entorpezcan el libre ejercicio de la actividad económica o la iniciativa privada.

Otro principio general derivado de la simplicidad es el principio de la economía procedimental, que se menciona en la generalidad de las leyes de procedimiento, como las leyes argentina (art. 7), hondureña (art. 19), venezolana (art. 30), uruguaya (art. 2) y mexicana (art. 13), y conlleva la necesidad de que los asuntos se decidan administrativamente con celeridad, en la forma más rápida posible, economizando lapsos y al menor costo posible.

El principio ha sido desarrollado ampliamente en la Ley 19880 de Chile, en la forma siguiente:

Artículo 9°. Principio de economía procedimental. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.

Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.

Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.

De allí el principio general, que deriva del artículo 116 de la Ley de Honduras, conforme al cual “los funcionarios responsables de la tramitación de los expedientes adoptarán las medidas que conduzcan a evitar todo entorpecimiento o demora por innecesarias diligencias”.

En el Código colombiano también se encuentra una definición del principio de economía, al exigirse que:

Las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. (art. 3).

En el Decreto de Uruguay también se desarrolla el principio al prescribir en su artículo 8 que “en el procedimiento administrativo deberá asegurarse la celeridad, simplicidad y economía del mismo y evitarse la realización o exigencia de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento”.

4. El principio del informalismo

El procedimiento administrativo, hemos dicho, se configura como un

conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo. Por ello, en definitiva, el procedimiento administrativo se identifica con el conjunto de formas y formalidades establecidas para guiar la acción de la Administración con miras a la obtención de ese resultado y como garantía de los administrados contra las arbitrariedades de los funcionarios.

Sin embargo, dado el principio de economía y celeridad, es evidente, que la prescripción de formas no puede convertir al procedimiento en un bosque de formalidades que entraben la acción administrativa. Por ello, el principio de eficacia también conlleva al principio del informalismo o del carácter no formalista del procedimiento administrativo.

Este principio, por ejemplo, está expresamente previsto en la Ley argentina de Procedimiento Administrativo en la cual se prescribe que las normas de procedimiento que establece, deben ajustarse al requisito del “informalismo”, en el sentido de que debe “excusarse la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente” (art. 1.c); y en la Ley de Bolivia se define el principio en el sentido de que “la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo” (art. 4,l)

Más precisamente, el Decreto 640 de Uruguay establece que “en el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo en favor del administrado siempre que se trate de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente» (art. 23). En la Ley del Perú, también se define el principio del informalismo, en forma detallada en el artículo IV, Título Preliminar, así:

1.6 Principio de informalismo. Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

Por su parte, la Ley No. 19.880 de Chile regula el principio, al que denomina “de la no formalización”, en los siguientes términos:

Artículo 13. Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

Por otra parte, como secuela del principio, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que las normas del procedimiento administrativo “deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados”. Es en definitiva, el principio *in dubio pro actione* o de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de petición para asegurar más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. En materia de procedimiento administrativo, el principio se traduce en que el formalismo debe ser interpretado en favor del administrado, precisando, la legislación argentina, sin embargo, que “el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que sean absolutas” (art. 224).

En aplicación de este principio, las leyes de procedimiento administrativo, por ejemplo, establecen el deber de los funcionarios administrativos que reciban las peticiones, de advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen en las mismas, pero sin que puedan negarse a recibirlas (Art. 45 Ley Orgánica Venezuela; art. 11 Código Colombia).

Igualmente, el informalismo en las leyes de procedimiento administrativo conduce al principio de la flexibilidad del procedimiento y de los trámites procedimentales mediante, por ejemplo, la eliminación del

principio de la preclusividad de los lapsos y de actos procesales (arts. 23 y 60 de la Ley venezolana); la posibilidad de alegación por parte de los particulares en cualquier momento (art. 62 de la Ley venezolana) si no existe un lapso preciso de contestación la utilización de cualquier tipo de pruebas (art. 58 de la Ley venezolana); y la intrascendencia en la calificación de los recursos (art. 86 de la Ley venezolana), de manera que si el administrado se equivoca en la calificación del recurso que interpone, siempre y cuando de su escrito se deduzca claramente de que tipo de recurso se trata, la Administración no puede rechazarlo y, al contrario, está obligada a interpretarlo en favor del particular y de flexibilizar esta ausencia de cumplimiento del formalismo en la calificación del recurso (art. 213 Ley peruana).

5. *El principio conservatio acti*

El principio del informalismo, conlleva, por otra parte, al principio *conservatio acti*, o principio de la conservación o subsanabilidad de los trámites administrativos y de las actuaciones de los administrados, por ello, la Ley de Honduras establece que cuando un órgano administrativo declare la nulidad de algunas actuaciones, debe disponer “siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido, de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad” (art. 39). En igual sentido, se dispone en la Ley peruana, (art. 13.3).

Este principio conduce, por supuesto, a la necesidad de la corrección de errores materiales de los actos administrativos, lo que se encuentra regulado expresamente en las leyes de Venezuela (art. 84), Honduras (art. 128), Costa Rica (art. 157) y Chile (art. 62), siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión” (art. 128), y como lo indica la Ley del Perú, siempre que la rectificación de los errores sea “con efecto retroactivo” (art. 201,1).

Es precisamente en virtud de este principio de la corrección de errores materiales, que deriva del principio del informalismo y de la economía procedimental, que la Administración no tiene por qué concluir siempre con la revocación del acto incorrecto, pudiendo siempre corregirlo, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento. Es un principio de lógica administrativa que, sin embargo, encuentra su expresión formal en estas leyes de procedimiento administrativo, incluso en relación con los actos de los administrados. En tal sentido, la Ley de Honduras dispone que:

Artículo 115. Para evitar nulidades, la Administración señalará a la parte interesada los defectos de que adolezcan los actos producidos por ésta y ordenará que se subsanen de oficio o por el interesado dentro de un plazo de tres días.

Pero incluso, aún en presencia de vicios o irregularidades más sustanciales en los actos administrativos, que no puedan resolverse con la sola corrección de errores materiales o aritméticos, el principio *conservatio acti*, exige que los vicios que puedan afectarlos formalmente, deban subsanarse siempre que no conlleven su nulidad absoluta, lo que ha originado las técnicas de convalidación, enmienda, saneamiento o conversión de los actos administrativos que se encuentran reguladas en las leyes de procedimiento administrativo para evitar su extinción.

En particular, por ejemplo, conforme a la Ley General de Costa Rica, la convalidación se produce cuando dictado un acto administrativo que sea relativamente nulo por vicio en la forma, en el contenido o en la competencia, se dicta un nuevo acto administrativo que lo convalide, con indicación precisa del vicio y de la corrección (art. 187,2). Sobre esto, la Ley venezolana indica, pura y simplemente, que “la Administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan” (art. 81), y en sentido similar se regula en la Ley de Brasil (art. 55), en la Ley de Bolivia (art. 37,1), en la Ley de Panamá (art. 56), y en la Ley de Honduras (art. 126).

La Ley peruana es bien precisa al regular la “enmienda” de los actos administrativos como consecuencia de la “conservación” de los mismos, precisando que cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, “prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora” (art. 14.1).

En la legislación argentina, esta convalidación se denomina, en general, “saneamiento” y se desdobra en “ratificación” del acto por el superior jerárquico y “confirmación” por el órgano que dictó el acto (art. 19).

En esta materia, Ley de Honduras, regula en su artículo 127, la “conversión” del acto, al disponer que “el acto nulo que, sin embargo, contenga todos los requisitos constituidos de otro distinto, podrá ser convertido en éste y producirá sus efectos, en su caso, si así lo consistiera

el interesado”. En este sentido, la Ley argentina también señala que “si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste consintiéndolo el administrado”. La misma institución de la conversión se regula en la Ley General de Costa Rica (art. 189).

IV. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD

Otro de los principios generales que se ha formulado en forma expresa en todas las leyes de procedimiento administrativo, es el principio de la celeridad. En efecto, si el procedimiento es un asunto de la Administración, es decir, si la Administración es la responsable del procedimiento, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares, es que debe ser desarrollado con la mayor rapidez y celeridad posible. Como lo establece la Ley peruana en el art. IV del Título Preliminar:

1.9 Principio de celeridad. Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

Este principio también encuentra una definición precisa en el Código colombiano, así:

Artículo 3. En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

En otras legislaciones también se enuncia, como es el caso por ejemplo, de la Ley General de Costa Rica, donde el artículo 225.1 dispone que el

“órgano deberá conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia, dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado,” y el artículo 269,1 precisa que la actuación administrativa se debe realizar “con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia.”

En sentido similar, la Ley 19880 de Chile dispone sobre el principio de celeridad, lo siguiente:

Artículo 7°. Principio de celeridad. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.

V. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

Siendo el procedimiento administrativo básicamente, como se ha dicho, un asunto de la Administración, uno de los principios generales establecidos en las leyes de procedimiento administrativo es el principio de la oficialidad, derivado además del carácter del procedimiento administrativo como asunto de la Administración. De allí deriva el principio del impulso de oficio que la Ley de Bolivia define en el sentido de que “la Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público”(art. 4,n).

1. El principio de la iniciativa de oficio

Ello implica que además de los casos en los cuales la Administración puede iniciar de oficio una actuación, si bien es posible y común que el administrado tenga derecho a participar en el procedimiento, por ejemplo, instado a la Administración para iniciar su actividad, siendo

esta, en definitiva, un asunto de esta última, una vez desencadenado el procedimiento administrativo, el desarrollo y movilización del mismo está a cargo de la propia Administración, por lo que es a ella a quien le compete, y no a un tercero, impulsarlo de oficio, para la realización de la secuencia de actos que deben concluir con la emisión de un acto administrativo definitivo.

Pero por supuesto, hay procedimientos que sólo pueden iniciarse por exclusivo interés de los particulares, en cuyo caso, la Administración no tiene el deber de proseguirlos por sí sola, por lo que puede darlos por terminados antes del término legal previsto para su conclusión, ante la inercia del interesado, aplicándose aquí lo ya señalado sobre la caducidad de los procedimientos.

Ahora bien, este principio de la oficialidad comprende otros aspectos fundamentales conforme a los cuales se puede sistematizar el análisis de todas las normas de las leyes latinoamericanas en la materia; y éstos son: el principio de la iniciación de oficio (iniciativa oficial), es decir, la posibilidad de que el procedimiento se inicie, además de a instancia de parte, de oficio por la Administración; el principio inquisitivo, como guía de todo el procedimiento administrativo, denominado también principio de instrucción; el principio de imparcialidad; y, el principio de la buena fe.

En esta materia, puede decirse que todas las leyes sobre procedimiento administrativo establecen el principio clásico de que el mismo puede iniciarse de oficio, es decir, por iniciativa de la propia Administración, o a petición de parte, es decir, con base en el ejercicio del derecho de petición. Así lo establecen las leyes de Argentina (art. 1), de México (art. 14), de Uruguay (art. 15), de Honduras (art. 60), de Venezuela (art. 48), de Colombia (art. 28), de Bolivia (art. 39), de Perú (art. 103), de Brasil (art. 5), de Panamá (art. 64), y de Chile (Art. 28).

Ahora bien, como garantía del derecho de la defensa, las leyes disponen que aún iniciado de oficio y aún siendo el procedimiento tarea de la Administración, esta está obligada a dejar participar en el mismo a los administrados interesados para garantizarles el derecho a la defensa. Así lo precisa, por ejemplo, la Ley Orgánica venezolana al disponer que en los casos de iniciación de oficio, la autoridad administrativa debe notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un pla-

zo para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48). Estos principios se recogen además, detalladamente en la Ley peruana, cuyo artículo 104, destinado a regular el inicio de oficio, dispone lo siguiente:

104.1 Para el inicio de oficio de un procedimiento debe existir disposición de autoridad superior que la fundamente en ese sentido, una motivación basada en el cumplimiento de un deber legal o el mérito de una denuncia.

104.2 El inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, salvo en caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la presunción de veracidad. La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible, el plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

104.3 La notificación es realizada inmediatamente luego de emitida la decisión, salvo que la normativa autorice que sea diferida por su naturaleza confidencial basada en el interés público.

2. El principio inquisitivo

El otro principio derivado del principio de la oficialidad es el principio inquisitivo, conforme al cual, como lo establece en la Ley argentina, corresponde a la Administración, la “impulsión e instrucción de oficio”, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones (art. 1.a).

Este principio también está establecido como principio del procedimiento administrativo, como se dijo, en la Ley de Bolivia (art. 4,n), e igualmente en la Ley del Perú (artículo IV, Título Preliminar), donde se dispone así:

1.3 Principio de impulso de oficio. Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

Esta misma expresión se encuentra en las leyes de Brasil (art. 29) y

de Costa Rica (art. 222) y, en sentido similar, se desarrolla en la Ley del Perú (art. 159). De ello deriva el principio de que la Administración debe “impulsar de oficio en todos sus trámites” (art. 64, Ley de Honduras) el procedimiento administrativo, con lo cual la conducción del procedimiento, la prueba y las medidas que puedan adoptarse a lo largo del mismo deben ser iniciativa de la Administración y no requieren el impulso procesal de los interesados, sin perjuicio de que éstos puedan participar en el procedimiento. En consecuencia, la Administración es la responsable de al menos esos tres elementos en el procedimiento: la conducción del procedimiento; la sustanciación del mismo; las pruebas y las medidas preventivas, sin perjuicio de que en cada una de esas fases puedan actuar los particulares.

Por ello, la Ley de Venezuela establece que:

Artículo 53. La Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites.

3. El principio de imparcialidad

El principio de oficialidad que permite a la Administración iniciar y conducir el procedimiento, impone la necesidad de garantizar los derechos de los Administrados, frente a la actuación de los funcionarios, de lo que deriva el principio de la imparcialidad, derivado del principio de igualdad y no discriminación de los administrados. Conforme a este principio, la Administración, en el curso del procedimiento y al decidirlo, no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva.

Este principio se ha establecido en la Ley de Bolivia en el sentido de que “las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados”(art. 4,f); y se encuentra regulado el Artículo 30 de la Ley venezolana, cuando exige a la Administración tratar en igual forma a todos los particulares y no puede establecer ningún tipo de discriminación respecto de ellos, ni parcializarse por ninguna posición y debe

mantener siempre una posición imparcial. El principio también está recogido en el Código colombiano, en la siguiente forma:

Artículo 3. En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

También lo establece, como principio del procedimiento administrativo, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Perú, así:

1.5 Principio de imparcialidad. Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándole tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

La Ley 19.880 de Chile también recoge el principio así:

Artículo 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

4. El principio de la publicidad

Otro principio fundamental que como contrapeso se erige frente al principio de la oficialidad, es el principio de la publicidad, que conlleva a que los asuntos que se tramitan ante la Administración Pública deben ser públicos y de acceso del público. En tal sentido, en el artículo 16 de la Ley 19.880 de Chile se establece el “principio de transparencia y de publicidad”, en la siguiente forma:

Artículo 16. *Principio de Transparencia y de Publicidad.* El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

Este principio se manifiesta, por supuesto en concreto, respecto de las decisiones de la Administración Pública, como lo regula el Código de Colombia, “en virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este Código y la ley” (art. 3°).

VI. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y DEL MUTUO RESPETO

Por último, entre las nuevas tendencias del derecho administrativo, aún cuando sólo encuentran regulaciones aisladas en las leyes de procedimiento administrativo, está el principio de la buena fe, como elemento fundamental que debe estar a la base de las relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los administrados, que precisamente formaliza el procedimiento administrativo.

El principio de la buena fe, por supuesto, en esta perspectiva debe regir tanto para el administrado como para la Administración, como lo indica la Ley del Perú (art. IV, 1.8), de manera que entre los deberes del interesado, conforme a la Ley de Brasil, esta “el proceder con lealtad, urbanidad y buena fe”, no actuar de modo temerario y “exponer los hechos conforme a la verdad” (art. 4).

Dicho principio lo recoge en general la Ley de Uruguay, así:

Artículo 6°. Las partes, sus representantes y abogados patrocinantes, los funcionarios públicos y, en general, todos los participantes del procedimiento, ajustarán su conducta al respeto mutuo y a la lealtad y buena fe.

Y en la Ley de Bolivia, en su artículo 4,e, así:

Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo.

El principio, por lo demás, se encuentra detalladamente regulado en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, reformada en 2008 (arts. 9 a 20), donde se regula la “presunción de buena fe del ciudadano,” de manera que la Administración, en todas sus actuaciones, “debe tener como cierta la declaración del administrado” (art. 9). Este principio lo recoge expresamente, también, la Ley del Perú, (art. IV, 1.7; art. 42).

La presunción de buena fe, por otra parte, en el procedimiento administrativo se también se manifiesta como presunción de licitud, vinculado a derecho del administrado a la presunción de inocencia, tal como se manifiesta en la Ley de Uruguay cuando habla del procedimiento disciplinario de funcionarios como un procedimiento especial, así:

Artículo 170. El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; y se presumirá su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con la garantía del debido proceso. (Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, art. 8 numerales 2 y 11).

Pero en general, en los procedimientos sancionatorios, la Ley peruana define la “presunción de licitud”, estableciendo que las entidades “deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario” (art. 230,9), lo que implica la presunción de que el derecho reclamado por el administrado es justo. Ello ha conducido, también, al principio *favor pro accione* o posición favorable al accionante, el cual debería ser un principio fundamental en materia de procedimiento.

El principio de la buena fe también se recoge en la Ley del Perú, al

regular el “principio de la conducta procedimental” (art. IV, Título Preliminar), así:

1.8 Principio de conducta procedimental. La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Ello además, implica el principio de lealtad, por otra parte, también deriva del principio de la buena fe, lo que implica que las partes en el procedimiento no deben ocultar hechos o documentos que les interesen mutuamente, lo que a la vez ha implicado el desarrollo del derecho de acceso a la información en materia administrativa y la reducción de las áreas de confidencialidad en los documentos administrativos, tan importantes en décadas pasadas.

El respeto mutuo que deriva del principio de la buena fe y de la lealtad, por otra parte, comienzan a ser el canal para que la construcción del principio de la confianza legítima, que debe existir como base de la relación jurídica entre la Administración y los administrados, particularmente cuando las actuaciones reiteradas de los funcionarios y de los órganos de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas legítimas en cabeza de los aquellos que la propia Administración debe respetar y que han de ser apreciadas por el juez. De este principio surge, además, el principio de la seguridad jurídica en sus variadas manifestaciones (el principio de la predictibilidad, la proscripción de la *reformatio in pejus*, el principio *non bis in idem*, la presunción de inocencia, y el principio de la irretroactividad) y el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos que, una vez dictados, también por cuestiones de seguridad jurídica, deben mantenerse, salvo los casos de nulidad absoluta.

VII. REFLEXION FINAL

Al anterior cuadro de principios generales del procedimiento administrativo que en la actualidad ya han sido incorporados en el texto expreso de las leyes de procedimiento administrativo dictadas en Amé-

rica Latina, se une el conjunto de principios relativos a los actos administrativos y a la actuación material de la Administración Pública, mostrando entonces un claro estándar en la materia que ha quedado plasmado en el derecho positivo, y que no sólo que deriva de la interpretación judicial del derecho; con incluso, definiciones legales del acto administrativo, como sucede en la Ley venezolana, donde se lo define como “toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública” (art. 7). Y en la Ley de Panamá, en cuyo artículo 201, que contiene el “glosario” de la misma, se lo define así:

1. *Acto administrativo.* Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.

Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.

Toda esta positivización de principios y elementos sustantivos de la actividad administrativa ha tenido una consecuencia fundamental en el derecho administrativo, traducida en el reforzamiento del principio mismo de la legalidad con el objeto de asegurar, no sólo el sometimiento de la Administración Pública al derecho, sino garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma. Por ello precisamente, la Ley sobre Procedimiento Administrativo general del Perú, en el artículo IV, 1.1 del Título Preliminar dispone que:

Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Ello ha implicado que en este caso del principio de legalidad, y precisamente como consecuencia de las propias leyes de procedimiento administrativo, el mismo igualmente ha dejado de ser sólo un principio general del derecho y se ha convertido en un postulado del derecho positivo, cada vez con más frecuencia y precisión, expresado formalmente en los textos. Así sucede por ejemplo en la en la Ley de Bolivia, que hace referencia al “principio de legalidad y presunción de legitimidad” (art. 4,g) y al “principio de sometimiento pleno a la ley” de manera que “la Administración Pública registrará sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso” (art. 4, c); en la Ley No. 9784 de Brasil (1999), que impone como criterio a ser observado en los procedimientos administrativos, “la actuación conforme a la Ley y al derecho” (art. 2, Parágrafo Único, I); en la Ley de Venezuela, en la cual se indica que “la Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad”(art. 4); y en la Ley General de Costa Rica al señalar que: “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico...” (art. 11,1); agregando en su artículo 13, que:

La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

Este principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho implica, por tanto, que las actividades que realice la Administración Pública no sólo debe someterse al derecho, sino incluso, en el caso del procedimiento administrativo, a los propios principios del mismo antes analizados que también ya forman parte del derecho positivo, lo que implica que las actividades contrarias a los mismos pueden ser controladas con mayor precisión por la jurisdicción contencioso administrativa.

Por ello, dichos principios, además, se los declara como imperativos, tal como lo expresa la Ley Federal mexicana, al prescribir que las disposiciones sobre procedimiento administrativo “Son aplicables a la

actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa” (art. 12); imperatividad que en el caso de la Ley General de Costa Rica se precisa que es en aquellos procedimientos en los cuales “el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos;” o en los cuales haya habido “contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente” (art. 308).

El derecho administrativo en América Latina, como resultado de este estándar continental que ya existe en materia de los principios del procedimiento administrativo, se encuentra ahora en una situación de avanzada que hace décadas, quienes nos ocupábamos de estos temas, sólo soñábamos.

New York, noviembre 2008.

INTERESES E INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni
con la colaboración de Alberto Biglieri

Sumario: 1. Objeto del ensayo; 2. Introducción; 3. El interés público; 4. Las categorías jurídicas en el derecho administrativo, A) *Intereses colectivos*, B) *Intereses legítimos*, C) *Intereses simples*; 5. Legitimación y procedimiento administrativo; 6. La legitimación en el contencioso administrativo; 7. La expansión del interés legítimo; 8. La legitimación de los grupos, A) *Personería de las asociaciones*, B) Evolución; 9. Conclusiones

1. Objeto del ensayo

Vamos a analizar en el presente trabajo la evolución habida en la teoría de la legitimación para obrar que ha dividido la protección de los intereses en dos grandes grupos: los que se definen en la vía judicial que se capturan como derechos subjetivos, y los que tramitan en sede administrativa que se resuelven como intereses legítimos.

La progresividad de los conceptos pretende demostrar como se fueron aproximando las nociones hasta llegar a abrir las puertas del quehacer administrativo a toda persona que acredite un simple interés, sin necesidad de clasificar el grado de curiosidad que tenga, ni el derecho que le asiste.

Por razones metodológicas las referencias se harán siempre con relación a ambas dimensiones del problema. Las cuestiones de legitimación del proceso, y las que se relacionan con la participación ciudadana en el control de legalidad.

2. Introducción

En el derecho procesal el problema del acceso a la justicia ha dominado buena parte de los estudios de fines del siglo XX. Por lo general se recurre a desformalizar la teoría de la legitimación, y sobre todo, a darle un sentido más funcional al interés para obrar.

En el derecho administrativo, en cambio, la cuestión se analiza desde una perspectiva diferente. No se trata de ver el espacio que tiene la parte en el procedimiento, sino de estudiar cuáles son los intereses a tutelar y quienes, además del afectado, pueden encontrarse vinculados o asociados, directa o indirectamente, a dicho interés.

De suyo, las clasificaciones establecidas por la doctrina para calificar las situaciones jurídicas difieren el enfoque. Mientras el derecho adjetivo desenvuelve la idea de legitimación para actuar, estableciendo el derecho de pedir con base en la relación de los conceptos de acción y contradicción (solo puede pretender quien es dueño del derecho); en el derecho administrativo se diferencia según el reclamo esté o no a cargo de la vía jurisdiccional. Si lo está, la noción del contencioso administrativo toma los fundamentos clásicos del derecho procesal; si se cuestiona en instancia administrativa, se parte de la noción del interés y sus derivados, conforme el grado de vinculación que exista entre los hechos y las personas.

Cada una de estas posiciones enlaza el derecho subjetivo con la individualización estricta del sujeto que lo invoca. La exigencia para acreditar la “legitimación en la causa” es propia del conflicto llevado a la justicia; también se reproduce en la vía no judicial cuando el interés quiere asociarse al derecho subjetivo, provocando así que en ambos exista un sistema de identificaciones que, en lugar de atender la importancia de la controversia, se detiene en la acreditación de la personalidad.

Es cierto que en el derecho administrativo se observan ampliaciones que difuminan las condiciones necesarias para “estar” y “ser parte”,

porque al decir de Gordillo [...] van apareciendo casos de tutela judicial del interés legítimo ... que pueden subsumirse en un derecho subjetivo a la legalidad, o en un derecho de incidencia colectiva a la legalidad; como resultan ejemplos: el interés moral [...], aunque puede resultar algo forzado convertir el carácter de derecho de incidencia colectiva a todo interés legítimo.¹

Para ello, se da por supuesto que al ser el Estado una de las partes necesarias en la litis ella no puede versar únicamente sobre la composición justa de las diferencias. Al mismo tiempo, los jueces actúan el control de legalidad sobre los actos administrativos discutidos y atienden el ejercicio razonable de los actos de gobierno. De este encuadre aparecen otros intereses, diversos de los individuales, que se ocupan de la utilidad que le reportan a su titular y que trascienden a la sociedad toda.

El orden público, el bienestar general, expresan esos otros intereses que no se personifican en la defensa de la parte que litiga por un derecho propio. Ese nivel de atención, masivo y genérico, merece un espacio particular en defensa de la legalidad. El caso del “interés público” muestra como se corta el nexo entre el sujeto y el objeto, y de que manera logran capturarse en los presupuestos de admisibilidad del proceso.

3. El interés público

Sostener que el interés público es aquél cuya titularidad le corresponde a la Administración es una verdadera tautología e incurre en un defecto de circularidad. Por otra parte, los nuevos derechos y garantías de la mayoría de las Constituciones, tanto como la progresividad en la interpretación de los derechos humanos, permite erradicar ese concepto huidizo.

El interés público, en consecuencia, no necesita de representaciones precisas. Basta con invocarlo por toda persona que tutele una situación jurídicamente relevante o de interés suficiente para dar atención jurisdiccional, aunque ello no le basta para lograr legitimación (requiere que ese mismo interés público, sea legítimo).

¹ Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2 “La Defensa del Usuario y Administrado”, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª ed. (2006), Buenos Aires, ps. IV 1 y 2.

El interés general de la administración pública se explica por la condición misma de instrumento estatal de acción para la realización efectiva del ordenamiento, pero en modo alguno significa reducir la dimensión de legitimados para la defensa del interés.² Desde otro punto de vista podría afirmarse que dicho interés se refiere a bienes de relevancia general, que no son susceptibles de apropiación o goce exclusivos.³

Lo público es un concepto intrínsecamente omnicompreensivo, de forma tal que encapsular un interés singularizado tiene la misma dificultad. Qué decir cuando perseguimos ubicarle un titular específico. Por supuesto no se trata de enfrentar este tipo de intereses con los privados pues aquellos se nutren de las actividades que las personas realizan. Es la propia arquitectura de un orden normativo y social.

Se trata, tan sólo, de abastecer un sistema de acceso a la justicia que no coloque a la legitimación como un sistema de preferencias para el debate.

Precisamente, frente al argumento de que la legitimación evita procesos inútiles que abrumen y sobrecargan la tarea jurisdiccional se ha dicho que [...] “nadie pleitea por el simple ocio de gastar su tiempo y dinero en abogados y procuradores. Quien recurre, con todos los inconvenientes que ello acarrea, es porque tiene un auténtico interés general. No es exacto que la barrera de la legitimación ahorre trabajo a los tribunales; antes al contrario, con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso, podrían muy bien, en gran parte de los casos, resolver el fondo del asunto...”⁴

Sin embargo, la legitimación es una valla de contenido político en lo contencioso administrativo, pues limita las personas que pueden discutir con el Estado.

De todos modos es indudable que en la evolución del derecho administrativo se ha montado un sistema efectivo de control judicial de los

² Parejo Alfonso, Luciano, ed alter, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 303.

³ Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, p.49.

⁴ Dromi, José Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Grouz, Madrid, 1986, p. 75.

actos de la administración pública que ampara derechos subjetivos y una categoría nueva, producto de su misma evolución, que se denomina interés legítimo.

Para Cassagne, la principal conquista ha sido ampliar el ámbito de la legitimación de estos intereses, que sin llegar a reunir las condiciones necesarias para ser ejercidos o invocados como derechos subjetivos, consiguen reunirse en una categoría con poder jurídico suficiente para el restablecimiento de la legalidad violada y de sus intereses personales y directos, sin sacrificar la base esencial del sistema, que sigue radicando en los derechos subjetivos.⁵

Ahora bien, estas aperturas que se van formando y evolucionando en el terreno de lo contencioso, también aumentan las posibilidades de intervención en los procedimientos administrativos, donde anida un cuadro de interesados que no necesitan legitimarse con el derecho invocado, porque les resulta suficiente acentuar apenas algo más que la simple curiosidad, para poder estar en la causa y actuar a título como un control sobre el procedimiento.

Nos referimos al ciudadano que reclama el acceso a la información pública; al vecino que quiere ser parte en las decisiones que lo comprometen; al residente que quiere preservar un bien de protección colectiva; a las asociaciones que nuclea intereses específicos; entre tantos más que veremos de inmediato.

Ya no se trata, entonces, de ver si el interés es la medida de la participación en el juicio o en el procedimiento; sino de cuantos interesados es posible admitir en una causa conforme el criterio y amplitud que se adopte.

4. Las categorías jurídicas en el derecho administrativo

Gordillo plantea una interesante diferencia entre el derecho subjetivo y las categorías creadas por el derecho administrativo para receptor otros intereses. Sostiene que [...] “el orden jurídico establece un ré-

⁵ Cassagne, Juan Carlos, *La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo*, Revista El Derecho, 120-980

gimen jurídico diferenciado para los derechos subjetivos, los derechos reflejos y el interés simple, respectivamente....El derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción o recurso de plena jurisdicción: en tales casos el individuo puede obtener una indemnización; el derecho reflejo (“interés legítimo”) se defiende con un recurso de anulación: aquí el individuo sólo puede lograr que anulen el acto ilegítimo. Al recurso de plena jurisdicción sólo lo ejerce el lesionado; al recurso de anulación lo pueden interponer un número determinado de personas; a la acción popular la puede incoar cualquiera”.⁶

Introduce así al interés legítimo en el marco de derechos disponibles de la persona con posibilidades reales de intentar su defensa judicial. La característica es que no son exclusivos y excluyentes, como el derecho subjetivo; sino, antes bien, compartidos y concurrentes.

Al trazar el camino se observan con claridad dos senderos paralelos en la idea: la existencia del derecho subjetivo y del interés legítimo para ser construcciones lógicas necesitan indispensablemente de una vía judicial que los ampare. La entrada a esas herramientas garantistas se encuentra facilitada por la noción de acceso a la justicia sin restricciones (acción, como derecho cívico de petitionar a las autoridades), pero se traba en la implementación de la legitimación para obrar.

En efecto, cuando una persona cualquiera reclama frente al Estado, sin acreditar un derecho exclusivo, pueden encontrarse varias pretensiones atendibles: una, focalizada en la dimensión del interés actuado; otra, en la posibilidad que obtienen los jueces para activar el control de constitucionalidad y, específicamente, de legalidad y razonabilidad sobre los actos administrativos.

La protección expansiva que ofrece la justicia a quienes tengan un interés legítimo que presentar tiene remedios específicos en algunas constituciones y leyes provinciales (v.gr.: las que admiten el recurso de ilegitimidad o de anulación como la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma), mientras que los sistemas que no cuentan con ellos, o con una justicia contencioso administrativa (el sistema federal utiliza, a pesar de la influencia de una gran cantidad de jurisprudencia

⁶ Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Macchi, Buenos Aires, 1975, p. XV-4.

y reglamentación propia, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), la revisión judicial de todo acto administrativo se mantiene como principio general.

El problema acontece porque, mientras los primeros aceptan al interés legítimo como carácter atendible; los otros apoyan la exigencia de legitimación en la titularidad del derecho subjetivo.

La concurrencia de individuos se expande aún más en los intereses simples, que atrapan a una generalidad tal de personas que resulta en extremo difícil precisar individualidades. Son los casos de conceptos como habitante, personas, ciudadanos, vecinos, etc. que suelen presentar algunos sistemas jurídicos para denominar los beneficiarios de una normativa creada.⁷

Ahora bien, cada uno de estos intereses responde a la idea de situaciones jurídicas subjetivas que, como tales, no condicionan la admisibilidad de la demanda y menos aun de la puesta en marcha del aparato judicial. En todo caso, se vinculan con la pretensión, y con la posibilidad de emitir el juez una sentencia entre aquellos que reúnan los presupuestos sustanciales y procesales (*legitimatío ad causam* y *legitimatío ad processum*).

Por eso, sostiene González Pérez que [...] “en la doctrina procesal moderna, la legitimación tiene un significado concreto. Así como la capacidad -llamada legitimación *ad processum*- implica la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, la legitimación, llamada también legitimación *ad causam*, implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto. Tal aptitud viene determinada por la posición en que se encuentre respecto de la pretensión procesal. Sólo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión, pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce. Por tanto, esta idoneidad específica se deriva de la relación jurídica debatida en el proceso; vuelve aquel problema procesal más íntimamente ligado con el derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal”.⁸

⁷ Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *La legitimación en el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 223/224.

⁸ González Pérez, Jesús, *La legitimación activa en el proceso administrativo*, Revista de Derecho Procesal (España), 1956-2, 552.

Para comprender mejor donde orbitan estas cuestiones es necesario realizar un bosquejo de las situaciones jurídicas atendibles:

4.1 Intereses colectivos

Este tipo de intereses corresponde a un conjunto definido de personas que se congregan en derredor de una unidad jurídica que los vincula. El que el interés pertenezca a muchos no quiere decir que se expanda a todos sin lograr identificar ni particularizar un sólo interesado; tan sólo significa que el interés radica en varios, de modo tal que el problema a descifrar no es la existencia del mismo sino evidenciar la titularidad de quienes lo alegan para ver si tienen posibilidad jurídica de actuación procesal.

La tipología que presentan se ejemplifica a través de los sindicatos, los colegios o asociaciones profesionales, la familia, las sociedades, etc.⁹ La afectación que denuncian corresponde a una categoría, clase o grupos. Su particularidad, en orden a su protección y defensa, es que ofrecen matices distintos de cuando se examinan individualmente.

Ahora bien, dentro de cada grupo es posible encontrar intereses particulares o comunes que deben distinguirse de los que los asocian. El interés común se repite y es coincidente con el del conjunto, mientras que el *colectivo* es de todos y de los demás componentes del área donde se desenvuelven. El primero supone que cada miembro del grupo tiene un interés igual o muy similar al del resto, pero no impide que cada uno de ellos pueda intentar aisladamente satisfacciones personales; el colectivo, en cambio, restringe las posibilidades de la pretensión: sólo se puede reclamar el interés en la medida que se aproveche a todos por la necesaria interdependencia que el grupo auspicia.¹⁰

⁹ Esta categoría procesal se puede nomenclar –dice González Cano– entre las “legitimaciones colectivas” como una especie diferenciada de la legitimación ordinaria, en cuanto no tiene que partir siempre de la titularidad del portador respecto del objeto del proceso, con posible separación entre posición jurídica lesionada y legitimación. Además, agrega la profesora de Sevilla, la legitimación colectiva abarca casos de suma de intereses individuales, perfectamente ejercitables separadamente por cada individuo, y casos de intereses o de grupo en sentido estricto, que normalmente sólo permiten la defensa en juicio por un ente exponencial y no el ejercicio individual (cfr. González Cano, María Isabel, *La tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 33).

¹⁰ Algunos autores como Bujosa Vadell, sostienen que esta diferencia corresponde al hecho que, por un lado, existen intereses agrupados que son naturalmente individuales y por tanto divisibles, susceptibles de apropiación y goce diferenciado, pero que se unen por razones de conveniencia en la defensa; frente a otros que se integran como intereses de grupo (difusos o colecti-

De este modo, el interés público no se diferenciaría del interés difuso por su objeto, sino por los sujetos a los que se imputan situaciones jurídicas que les conciernen. En este sector pueden agruparse los llamados *intereses de serie*, los que no identifican portador alguno, ni siquiera método reconocido de abstracción y globalidad, sino que emergen de medias estadísticas, y se canalizan por los grupos que los representa respondiendo al impacto que ellos provocan.

Una modalidad se encuentra, aunque con matices que los singularizan, en los *intereses de categoría* (también llamados, *profesionales*), que se determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, médicos, abogados, escribanos, ingenieros, arquitectos, etc.).

4.2 Intereses legítimos

El interés legítimo reposa más en las circunstancias denunciadas que en la situación jurídica subjetiva que tenga el peticionante. Estos intereses no son derechos subjetivos ni cualidad de ellos, pero intrínsecamente no muestran diferencias en la posibilidad de abrir la protección judicial.

El derecho administrativo fue quien comenzó el estudio programático de esta modalidad. La evolución más reciente se localiza en dos cuestiones: una examina la relación entre la posición y el ejercicio del poder administrativo y el interés material del individuo, entendido éste último no solo como límite al poder sino como elemento que contribuye a la determinación en concreto del interés público; otro, amplía la visión de ese interés, no ya como instrumento procesal sino como garantía puesta a disposición de los titulares para la protección de los intereses.

En nuestro país, que sólo atiende los reclamos de derechos subjetivos reconocidos a través del doble juego exigido de la *legitimación ad causam* y *ad processum*, se advierte cierta evolución que admite la calidad del *interés legítimo* como cuestión justiciable de atención merecida.¹¹

vos) que vinculan a bienes de imposible apropiación individual. Son intereses de cada uno, es cierto, pero ninguno es particularmente dueño o titular exclusivo (Bujosa Badell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupos*, Bosch, Barcelona, 1995, ps. 95 y ss.)

¹¹ Una de las manifestaciones fue el caso “*Ekmekdjian c/ Sofovich*” (publicado en. Rev La Ley, 1992-C, ps. 543 y ss; Rev. El Derecho, 148-354) que ratifica a los intereses legítimos por sobre las pertenencias exclusivas, aunque se difumina el temperamento en causas posteriores (“*Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo*”, CS, sentencia del 7 de abril de 1994, Rev. La Ley, 1994-C,

En la jurisprudencia se ha mostrado una faceta distinta del interés legítimo, que de alguna manera continúa o se alinea en el derecho norteamericano, que distingue entre “intereses materiales”, “intereses ideológicos” e “intereses sobre la vigencia de las leyes”. Se destacan así, conjuntos de intereses importantes, como los que buscan la afirmación de principios morales o religiosos, que aun siendo *prima facie* impertinentes para habilitar la instancia judicial (*standing*) si son triviales o insustanciales, no suponen una exclusión absoluta cuando tienen suficiente fuerza y compromiso en la persona que los invoca.

4.3 Intereses simples

Tradicionalmente esta categoría de intereses ha sido despojada de protección judicial efectiva al afirmarse que no tienen un derecho personal y directo que defender, dado que manifiestan un *simple* perjuicio que, por vía de principio, no está legalmente protegido.

La transmisión procesal, o en otros términos, el medio como se dan a conocer, es la denuncia o la queja, y la receptividad que tienen depende, en gran medida, de las facultades jurisdiccionales que se quieran disponer.

Estos intereses relegados por no encontrar un *tutor adecuado*, o el *locus standi* o standing del derecho anglosajón, no consiguen identificar a la parte procesal.

Desde la perspectiva del derecho privado se suscita un cambio importante, que se proyecta desde la reforma introducida en la ley de defensa del consumidor, especialmente, en el art. 1º de la Ley 24.240.

5. Legitimación y procedimiento administrativo

En el procedimiento administrativo, es decir, en la etapa de formación de la voluntad estatal que para mejor comprensión hemos de indicarla

ps. 291 y ss. con nota de María Angélica Gelli, *Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático*), donde se dijo que “la condición de ciudadano no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve considerar presente el requisito de la “causa” o “controversia” que habilita la función mencionada.

como no contenciosa, existe una diferencia sutil con el litigio judicial y los problemas de legitimación.

Domina el principio de libertad para plantear cuestiones administrativas sin ponderar el carácter con que se peticiona. De esta forma, la legitimación se atiende por el órgano resolutorio y no por quienes actúan en las etapas que preceden a la emisión del acto.¹²

Inclusive, aun cuando la queja no fuese deducida por quien tenga derecho a hacerlo, - o por quien aun teniéndolo haya dejado vencer todos los plazos de reclamo- la presentación recibe tratamiento como denuncia de ilegitimidad, caso en el cual se observa claramente la recepción del interés como situación jurídica atendible en todas las instancias. No obstante, las cuestiones de legitimación en esta etapa son de suma importancia pues determinan la suerte de la vía judicial de revisión.¹³

El procedimiento administrativo tiene la particularidad que, las pocas normas dictadas para regular la relación Estado-ciudadano, no esclarecen el alcance que dispone la persona en la participación de las decisiones que lo involucran. La mayoría de actos y resoluciones son de

¹² “En consecuencia, no es necesario que haya una decisión previa sobre la legitimación del interesado, y luego la tramitación del recurso para llegar por último a la decisión de fondo en caso de haberse admitido anteriormente la legitimación, sino que la mera presentación del recurso asegura normalmente su tramitación por todas las autoridades que deben intervenir, y el pronunciamiento final del órgano competente: este decidir de una sola vez si existe legitimación, caso en el cual pasar a pronunciarse también sobre el fondo, o si no existe, caso en el cual puede no pronunciarse sobre el contenido del recurso. Y decimos puede no pronunciarse, pues también puede sí hacerlo, no ya como resolución del recurso, sino como control de oficio de la legitimidad de sus actos o de los de sus inferiores” (Gordillo, ob. cit., p. XVI-4).

¹³ Hemos sostenido, antes de ahora, que las relaciones jurídicas que se entablan en el derecho procesal administrativo parten de considerar las situaciones jurídicas de quienes ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo, o un interés simple; frente a quien titulariza una posición procesal más cómoda, sustentada en un principio hegemónico, que le permite vulnerar el tradicional equilibrio o igualdad que tiene el proceso judicial. Aunque las partes sean dos, en el procedimiento administrativo esta noción se desnaturaliza al fundirse la condición de juez y parte en sólo uno de los contradictores. Por eso la característica más importante se encuentra en la posibilidad de actuación activa o pasiva del administrado. Su situación jurídica le deparará la protección correspondiente. Tratándose de un derecho subjetivo, la posibilidad de exigir al Estado es superior y concentra en su medio una serie de derechos y deberes procesales que se deben acatar. El interés legítimo, en cambio, es residual. Actúa en el <<después>>, y se tiene derecho a obtener su reconocimiento por vía de recursos administrativos. En general, su presencia en la formación de la voluntad administrativa es relegada. Finalmente, el interés simple sólo tiene protección administrativa activando <<denuncias>> que no pueden llevar pretensiones pues carece el interesado del recaudo de identificación con el derecho. (Cfr. Gozaini, Osvaldo A., *Introducción al nuevo derecho procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 76).

carácter organizativo de la propia Administración. Por ello el carácter general que tiene el control permite expandir los intereses a tutelar, de manera que el simple ciudadano cuenta con posibilidades concretas de denunciar, quejarse, solicitar vistas de actuaciones, es decir, de participar. Adquiere calidad de parte en el expediente iniciado, pero con una vinculación diferente a la que reconoce el proceso judicial.

En cambio, si no se conforma con estas tolerancias de la Administración, el cuadro de acciones o recursos posibles se limita al interés jurídicamente admisible que persiga proteger.¹⁴ Puede, de algún modo, ser la diferencia entre “interés legítimo” como símil de legitimación, y “legitimidad” del reclamo advirtiendo el carácter de la infracción.

Vale decir que existe una apertura del procedimiento que le facilita al administrado tomar parte en las decisiones. En este plano, podrán ser portadores de un interés que los instale como “titulares” de los derechos o intereses, sean estos individuales o colectivos; también pueden actuar como “afectados” o “amenazados” por lo que del acto administrativo pueda resultar; e inclusive, llevar la queja por medio de una asociación con representación adecuada.¹⁵

¹⁴ Pero puede ocurrir -dice Hutchinson- que haya algunos habitantes que tengan algún interés particular en la observancia de aquellas normas, que se complementa con el interés genérico de todos. Son aquellos a quienes el acto de la Administración se refiere: los participantes en un concurso o licitación respecto al procedimiento de la decisión, el vecino de un barrio en el que se instala una industria peligrosa o insalubre, etcétera. Estas personas unen al interés genérico que todos tienen en el desempeño de la función administrativa, un interés particular: el que tienen como concurrentes respecto del puesto que hay que cubrir, etcétera. Es éste un interés distinto del genérico, si bien conexas; sin embargo, no tienen una tutela directa que constituya un derecho subjetivo” (Hutchinson, Tomás, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 79).

¹⁵ La Ley 30/1992 (España) en el TÍTULO III DE LOS INTERESADOS., dice [...]

Artículo 30. Capacidad de obrar. Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.

Artículo 31. Concepto de interesado.

1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

Se vislumbra, en consecuencia, como en el procedimiento administrativo se permite la actuación de personas interesadas en la formación de la voluntad administrativa; pero, al mismo tiempo, se ve como se recortan facultades para intervenir en el desarrollo, abortando *in limine* la concreción del gravamen o agravios que facilitan la habilitación de la instancia jurisdiccional.

No obstante es bueno convenir que la calidad de legitimados en este tipo de intervenciones no es tan exigente como resulta en el proceso común, en la medida que no puede convertirse en autocontradicción tolerar la participación del particular en el trámite administrativo para después negarles derecho a ser partes en el juicio ordinario; o bien, porque al coexistir derechos subjetivos e intereses legítimos no resulta sencillo establecer la vinculación específica que cada uno tiene para adquirir el carácter de parte.

En otras palabras, la situación subjetiva define los pasos posteriores. Si quien actúa lo hace en defensa de un derecho o interés directo, la suya es una calidad que lo acredita para sostener recursos e impugnaciones; mientras que si el interés estuviera motivado en las repercusiones del acto o cuestión sobre la sociedad o el grupo, la prerrogativa de revisión aparece, *prima facie*, de difícil consagración.

C) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.

Artículo 32. Representación.

1. Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.

2. Cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas.

3. Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación

4. La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

La informalidad procedimental no sobrevive ante el control de admisibilidad procesal.

6. La legitimación en el contencioso administrativo

No se pueden ofrecer aquí explicaciones generales pues existen mecanismos diferenciados en la dinámica como se desenvuelve la justicia administrativa. El desarrollo de un proceso contencioso nos sirve únicamente para demostrar la ambigüedad que sufre la legitimación para obrar en cada uno de los sistemas; también, es útil para señalar una situación poco común en los procesos ordinarios. Esta singularidad resulta del hecho de que el Estado es un adversario permanente pues son ocasionales e hipotéticos los conflictos interadministrativos que, por otra parte, pueden resolverse en la misma sede donde se producen.¹⁶

La condición de parte asume otra modalidad notable, en razón de que no siempre quienes están en el proceso en defensa de un interés determinado tienen legitimación para obrar, pues dependen de la escala de acreditaciones que hemos visto a través de este estudio.¹⁷

¹⁶ Cassagne, *ob. cit.*, p. 981.

¹⁷ En una obra anterior sostuvimos nuestra oposición a sostener la calidad o condición de parte el procedimiento administrativo. En efecto, la situación jurídica del o los individuos que toman parte en una actuación no contenciosa, es técnicamente la de interesados que ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo o un simple interés que procura ser satisfecho por un acto de la Administración. Si advertimos que la noción de parte en sentido procesal no contrae necesariamente la presencia de una de las atribuciones jurídicas reconocidas en el procedimiento administrativo, observaremos que el punto de partida es diverso. Más allá de la precisa y esencial distinción entre función jurisdiccional y función administrativa, se encuentra que la pretensión podría usarse en este segundo ámbito, por cuanto la idea de satisfacción persiste. Sin embargo es sólo apariencia, veamos porque: En primer lugar el procedimiento administrativo no es un proceso jurisdiccional, sino, tan sólo, un sistema de actos y decursos que tiene como fin asegurar el orden y la eficacia del Estado. La juridización de aquél obedece a la presencia de numerosos órganos con facultades decisorias, característica que confunde la función jurisdiccional con la técnica de la Administración. El verdadero distingo se encuentra en la ausencia de contradicción o litigio propio del proceso judicial, por eso en el procedimiento administrativo sólo se desenvuelven peticiones y no pretensiones (que importan un deber de juzgamiento sobre una contienda de intereses enfrentados por pretensiones distintas). El paso inmediato que agrega otro componente en la distinción estriba en la ausencia de cosa juzgada administrativa, de manera que la petición del interesado tiene siempre una vía judicial revisora. En segundo término, la pretensión procesal exige como elemento específico el ser formulada ante un Juez; calidad que no tiene el órgano administrativo en tanto no es imparcial ni independiente, y se encuentra interesado en la relación jurídica sobre la cual conoce. En este

Por ejemplo, en un proceso pueden existir conflictos entre distintos intereses y el Estado, pero no todos los sujetos tener la misma disponibilidad del derecho o interés (v.gr.: el cierre de una calle afecta a los vecinos del barrio en particular y a los que transitan por esa zona).

Aquella clasificación que expuso Gordillo para determinar los intereses protegidos y las vías procesales de cada uno (plena jurisdicción, anulación y acción popular) no es decisiva en este tramo. La legitimación procesal activa en el proceso contencioso administrativo tutela derechos subjetivos vulnerados a través de un proceso común (ordinario) que es asimilable al conocido como de plena jurisdicción.

Esta conclusión nos llevaría a insistir en el remanido problema de acreditar un derecho personal y un daño específico que merezca la instancia y el desarrollo de la justicia; pero relegaríamos el avance jurisprudencial logrado, por el cual, actualmente, se reciben otros intereses como el difuso o el legítimo.

Este avance, que desarrollaremos más adelante, tiene un hito fundacional -en Argentina- en el fallo conocido como “Mendoza”¹⁸ sobre la cuestión de la contaminación de la cuenca Matanza Riachuelo, que ha generado una fuerte corriente de opinión a favor de ampliar los restrictivos conceptos históricos de legitimación, y habilitar el acceso a los vecinos (Considerando 1), a las asociaciones con objeto social acorde (Considerando 3), y al Defensor del Pueblo (Considerando 2). Con anterioridad al resolutorio de fondo, la Corte se había expedido en la misma causa ampliando la idea de “cuenca” para legitimar además de

sentido hace falta que el pretendiente reclame no contra alguien, sino frente a alguien; y este alguien es el órgano jurisdiccional. En un aspecto objetivo, la pretensión importa un objeto litigioso; cualquier objeto material o personal; lo que sucede es que al no existir controversia en el ámbito del procedimiento administrativo, el proceso que se cumple es el de formación de una voluntad que, recién con la decisión, puede llegar a generar el conflicto. Finalmente, el tercer elemento que caracteriza la pretensión: el de la mutación de la realidad, aparece que la declaración de voluntad que se expresa tanto en el proceso judicial como en el procedimiento administrativo pueden confundirse. Pero esa manifestación de deseo tiene en la teoría de la pretensión (Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil*, tomo I volumen 1 [*Teoría General del Derecho Procesal*], Ediar, Buenos Aires, 1992, ps. 105 y ss.) un significado peculiar y propio que es el de contener, entre los sujetos que en ella intervienen y acerca del objeto sobre el que recae una petición fundada que, sin llegar a ser una pretensión procesal estricta, sí manifiesta una voluntad petitoria, es decir, un reclamo sin exigencia (Cfr. Gozaíni, *Introducción al nuevo derecho procesal*, cit., ps. 85/6).

¹⁸ CS, “Mendoza Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)”.

los habitantes de las márgenes de esos ríos a aquellos de las áreas comprendidas por la cuenca hidrográfica.¹⁹

Ahora bien, sean cuestiones de legitimación procesal las que condicionen el acceso a la vía contenciosa; o razones de interés y representación las que promuevan impedimentos para la actuación de cualquier interesado en sede administrativa, lo cierto es que se observan ampliaciones que postergan el restriccionismo.

Veamos donde ocurren:

7. La expansión del interés legítimo

La concurrencia de afectados caracteriza el interés, circunstancia por la cual el agrupamiento expande la dimensión de tutela o protección necesaria. Si se mantiene en el derecho subjetivo, es obvio que únicamente se responde al llamado que hace cada individuo interesado, mientras que “lo colectivo”, circulariza el interés y el derecho a ser parte en el proceso e interesado en el procedimiento administrativo.

El riesgo de la ampliación está en confundirlo con los intereses difusos y colectivos. Existe un matiz diferencial que pone a quien tiene un interés legítimo en distancia con aquellos. El cuenta con una situación personal en la órbita de sus preferencias que lo distingue del administrado común. Si bien persigue la defensa de la legalidad, como todos; también quiere resolver una posición personal alterada por el acto que impugna. Se trata de un interés personal y directo, que no debe interpretarse con el rigor formal del derecho subjetivo.

Resulta interesante observar la evolución jurisprudencial operada en este tema, porque el desarrollo permite advertir con precisión como la idea de fomentar la defensa de intereses legítimos va cobrando fuerza.²⁰

En Argentina – salvo los casos mencionados - existe un retraso mani-

¹⁹ Biglieri, Alberto: “*Ambiente, Agua, Riachuelo*” en Revista de Derecho Público, Contratistas del Estado – 2006-2, Rubinzal – Culzoni Editores.

²⁰ Se podría recorrer una serie de fallos:” Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional, CS 323:4098” – en especial Considerando 6- ; “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, CS 321:1352” y los citados en este trabajo “CSJ: Mendoza”, “CSJ: Halabi” y “SCJ: Colegio de Abogados”

fiesto en la progresividad de la tesis. Por vía de principio se consideran sin derecho proposiciones de tal interés por asimilarlas con las meras expectativas.

Bien apunta Cassagne que este error dimana de la circunstancia de considerar que la impugnación basada en el interés legítimo constituye un recurso objetivo y que no es por tanto un poder jurídico de naturaleza subjetiva que nace en virtud de una actuación administrativa estimada lesiva a los intereses del administrado.²¹

La evolución se muestra al incorporar nuevos legitimados que acreditan el interés para actuar sobre la base de su relación con los hechos, aun cuando no sean afectados directos.

Uno de ellos es el “*vecino*”. Para aceptarlo como legitimado o interesado fue necesario variar la regla del llamado “derecho subjetivo administrativo”, que hace coincidir el interés con el “derecho individual”; es decir, se debió modificar el temperamento por el cual la apertura de los procedimientos solo era factible para quien tuviera un derecho individual y excluyente, como si fuera un señorío exclusivo que priva de acción a todo el que no sea dueño de la acción.

El cambio radical aparece con la interpretación del término “derecho”, el cual no se contempla en sentido técnico como derecho subjetivo contrario a interés legítimo. A la inversa, se emplea tal expresión como sinónimo de regla o norma jurídica de carácter administrativo, opuesta a norma o regla de carácter civil. De este modo, la simple expectativa difiere en la pretensión que expone cada sujeto; mientras en el proceso civil se pueden reclamar indemnizaciones, en el administrativo sería suficiente el control de legalidad.

De allí que el primer juicio que corresponde efectuar a fin de comprobar si estamos en presencia de una cuestión que pueda abrir las compuertas hacia la acción contencioso administrativa, es el carácter administrativo de la situación que ocupa al actor que alega un hecho; sea éste un perjuicio personal, actual y directo a raíz de una infracción de una norma administrativa por la administración, o bien, un interés jurídico relevante fundado en el contralor del comportamiento de la administración.

²¹ Cassagne, ob. cit., p. 984.

Un recordado voto de Juan Carlos Hitters, como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires²² sostuvo que [...] “Los nuevos principios consagrados garantizan otros tipos de tutela, asegurando el acceso a la justicia a situaciones jurídicas que exceden ampliamente el esquema clásico de la custodia de los derechos subjetivos, potenciando de ese modo los marcos de legitimación activa para ejercitar pretensiones en juicio” [...]. En el presente, el actor acciona como “vecino”, y si bien inviste un carácter de tercero respecto a la relación de derecho administrativo que vincula a la Municipalidad y al establecimiento, denuncia la concreta afectación de su situación jurídica a la par que la violación de normas de derecho público en el otorgamiento de la autorización otorgada para la explotación comercial. Por todo lo dicho, juzgo que existe materia contencioso administrativa en la medida que una norma de dicha naturaleza impone a la Autoridad una obligación de conducta que significa para el particular u otra Administración la protección de su situación individual”.

“El vecino debe exigir el cumplimiento de las reglamentaciones cuya observancia está contemplada para el bienestar de la comunidad. El vecino puede reclamar en tanto la afectación concreta se produce respecto de su situación jurídica

De esta manera se reconduce el interés legítimo a una suerte de situación jurídica de primera atención. No es ya la víctima directa, tradicional y reconocida en el derecho subjetivo, sino otra “víctima indirecta” que se vincula a los hechos en una relación jurídica de tal presencia que lo convierte en titular del interés a tutelar.

Es importante agregar que la extensión que consigue el interés legítimo para tutelar situaciones de indefensión, no se ocupa solamente de una cuestión técnica (es decir, de facilitar el acceso al proceso como instrumento de protección), sino también, para demostrar que no deben existir diferencias con el proceso ordinario, tal como en su tiempo propusiera la doctrina administrativista italiana. Esta, recordemos, sostiene – e impuso en la normativa - que la jurisdicción común se ocupa de los derechos subjetivos, y la jurisdicción administrativa de los recursos interpuestos contra actos lesivos de intereses legítimos.

²² Causa B 55.392 in re: “*Rusconi Oscar c/ Municipalidad de La Plata*” del 4.07.1995.

Actualmente, se advierte una evolución en la idea que aproxima el estudio a dos ideas convergentes: se examina la relación que tiene el individuo con el Estado cuando actúa un derecho de petición constitucional; y se amplía la visión del interés, ya no como simple medio de posibilitar el instrumento procesal sino, también, para dar vida a todos los medios que tiene el titular para lograr la protección de sus derechos.

Es decir, por un lado se afianza el concepto de participación ciudadana dando apertura a los intereses como objetivos suficientes para disponer la atención de los tribunales; y por otro, se sitúa al interés legítimo en relación con las situaciones jurídicas subjetivas que corresponden, es decir, entendiéndose como legítimo, simplemente al interés protegido por el ordenamiento jurídico o como conforme a Derecho. De esta manera, los intereses legítimos no serían más que aquellos que son aceptados por el ordenamiento jurídico como dignos de tutela, aún de forma indirecta o refleja.²³

8. La legitimación de los grupos

Otra ampliación acontece con los grupos, que responde a una de las renovaciones procesales más evidentes del siglo XX como fue la creación de una nueva categoría de personas legitimadas para defender derechos que siendo propios, también extendían la tutela hacia terceros no identificados que dieron en llamarse *derechos de pertenencia difusa*, o *derechos de incidencia colectiva*.

La representación individual del interés del sector, o el mandato expreso o tácito conferido hacia un agrupamiento han puesto como tema de análisis la capacidad procesal o de gestión que tienen estas asociaciones que representan intereses de todos.

En efecto, cualquier asociación tiene una capacidad para obrar que depende de las normas establecidas en su organización interna. Mientras que la personalidad para actuar en juicio, generalmente, se asigna por la representación o el mandato.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, interpretando la Norma Básica del país, sostiene que la reforma de 1994, contempla

²³ Bujosa Badell, ob. cit., p. 37.

nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores, ampliando el espectro de sujetos legitimados para accionar -art. 43-, como es la asociación creada por el Estado para representar a los Grandes Usuarios de Energía Eléctrica (del Procurador General de la Nación, Dr. Agüero Iturbe) (CS, 1997/04/22, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina -Aguera- c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, IMP, 1997-B-2777).

La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de registro establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, a los fines de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así porque las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el Código Civil.²⁴

Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite investir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, *lato sensu*, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, *prima facie*, acredita el grupo, puede asignársele un *status jurídico* suficiente por el cual consigue la calidad de parte.

Podríamos ejemplificar muchas de estas situaciones, bastando observar que cuando se permite que un comunero actúe solitario, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta de la de los comuneros.

²⁴ La restricción es manifiesta en algunos casos. Por ejemplo, se ha dicho que, la tutela del público consumidor, no constituye argumento suficiente -en el estricto régimen del derecho positivo actual-, para postular que el amparo pueda concretarse mediante la oposición de cualquier persona no interesada directamente organizándose una especie de acción popular, que aunque pueda prospectivamente reivindicarse, carece de apoyo en el sistema legal vigente (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 1992/12/02, “China Nat Textiles Import y Export Corp. Dalian Branch c. Rabinovich, Leonardo A.”, La Ley, 1994-D, 523, J. Agrup., caso 9876).

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho peticionado.

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subjetivo que permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimación como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en el proceso de los grupos.

8.1 Personería de las asociaciones

El otro aspecto a considerar es la *representación* que ostenta el grupo o la entidad constituida regularmente. Se trata de verificar quien puede ser portador del mandato del grupo, en relación con un interés que puede pertenecer, mediata o inmediatamente, a una globalidad de individuos consumidores, explicando además, cómo tal sujeto puede deducir en juicio no sólo situaciones de ventajas propias, sino también ajenas, pero coincidentes con la suya, al ser miembro del sector cuyo interés se pretende tutelar.

La personalización traduce dificultades notorias que veremos seguidamente, así encontramos grupos que tienen bien definidos sus objetivos y una manifiesta coincidencia de los sujetos miembros con los intereses de la agrupación (v.gr.: colegios profesionales, sindicatos, etc.); entidades que tienen un interés circunstancial, pero sin acreditar experiencia, trayectoria o una regular constitución (v.gr.: las llamadas “uniones sin personalidad”); por otro lado, hay intereses que inciden en un sector que no tiene coincidencias en la afectación, por ejemplo, cuando en materia de medio ambiente se dictan normas que benefician a una parte del sector en desmedro de otro, pero perjudicando a la sociedad toda; en suma, la multiplicidad de situaciones impide conferir una representación válida a todas las contingencias.

El precepto establecido por la Constitución Nacional que exige el requisito de la inscripción para darles posibilidad de representación en juicio

sigue pensando en la necesidad de reconocer individualidades, de ahí su error manifiesto y la autocontradicción emergente con el llamado a la participación pública.²⁵

La tarea judicial es importante para este esclarecimiento, a cuyo fin pueden clasificarse las formas asociativas, sean previstas u ocasionales, de acuerdo con la determinación del conjunto que lo compone:

a) Grupos organizados con interés establecido estatutariamente o legalmente.

Son conjuntos de personas que se reúnen en la defensa y promoción de intereses individuales que los asocian. Los colegios profesionales, los sindicatos, los consejos técnicos, etc., responden a este tipo de agrupamientos.

La representación legal está prevista en sus estatutos de manera que la legitimación se obtiene acreditando con los documentos constitutivos ese mandato institucional, que en ocasiones se robustece por una prórroga de potestades públicas vía normativa²⁶ o constitucional.²⁷

Propiamente no es un caso de legitimación colectiva, sino de capacidad de las personas jurídicas; por ello, carecen de importancia para el tema que venimos comentando.

No obstante estas limitaciones, en el fallo “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo (B-64474)” se obtuvo un avance importante, pues la Suprema Corte de Justicia bonaerense en su resolución 3034/03 dispuso el inicio de actividades del nuevo fuero Contencioso Administrativo de la Provincia, demorado desde la reforma constitucional de 1994 y de la Ley 12008 de 1997.

²⁵ Obsérvese que la Corte Nacional incurre en esa contradicción, al sostener que, la Constitución Nacional al reconocer en sus arts. 42 y 43, legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, dicha ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para interponer tal acción, no implica la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción (CS, 1998/05/07, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria”, La Ley, 1998-C, 602 - La Ley, 1998-F, 76 - DJ, 1998-2-820).

²⁶ Ley 23187, de matrícula y creación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Ley PBA 5177, etc.

²⁷ Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 41.

b) grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación.

Aquí la composición del grupo como la finalidad que los reúne es conocida. Se asocian y militan en la defensa del interés propuesto, pero carecen de una personalidad jurídica que represente sus pretensiones ante la justicia.

Son organizaciones regulares en la medida que no surgen espontáneamente sino después de una deliberación de intereses; tienen continuidad en los actos que desenvuelven, pero jurídicamente, carecen de representación colectiva.

Si la organización se multiplica por la acumulación de interesados (v.gr.: Cámara de la Propiedad Horizontal; Federación de entidades municipales, etc.) el ámbito subjetivo de representación en juicio varía. No se identifica directamente el interés individual con el colectivo. Sólo mediatamente el miembro percibe los beneficios de la acción grupal.

c) grupos indeterminados con representación.

Este tipo de interés se puede implementar por cuestiones de circunstancia, de manera que es factible que el ámbito de miembros de la misma no coincida con el de los integrantes del grupo afectado, es decir, con el conjunto de interesados.

A veces estos grupos se constituyen para resolver situaciones puntuales, por ejemplo, una asociación de perjudicados por una catástrofe o siniestro (v.gr.: víctimas en el caso AMIA de Argentina), de modo tal que la representación la adopta quien defiende el punto aunque puede no ser afectado.²⁸

d) grupos indeterminados sin representación.

El supuesto permite observar la integración espontánea de un grupo que responde a una inquietud ocasional. Existe necesidad de agruparse para intentar una defensa del bien colectivo.

²⁸ De este marco se da que los grupos se convierten en “entes exponenciales” de tipo ordinario (como la asociación de afectados por el desbordamiento de la presa de Tous de 1992), o en los de tipo cualificado para la defensa de determinados intereses generales o especialmente contemplados por el legislador desde el punto de vista de su tutela, incluida la jurisdiccional, como las asociaciones de consumidores y usuarios.

Esa protección puede implementarse por personas individuales que, arrogándose el interés del grupo al que pertenece, invocan esa participación para lograr personalidad procesal.²⁹

Existe la agrupación pero no la representación. Este tipo de acciones no deben necesariamente ser propuestas por el ente colectivo pues basta la defensa de lo general o la dimensión del interés para acceder al procedimiento.

8.2 Evaluación

La legitimación de las asociaciones depende de la opción reglamentaria entre dos alternativas: O la denominada por la doctrina italiana como “ente exponencial”, o la posición americana de las “class action”³⁰ que se caracteriza por la representación adecuada (“*adequacy of representation*”).

²⁹ Por ejemplo, quienes ejercieren la acción de amparo invocando la mera calidad de habitantes o ciudadanos integrantes de la respectiva comunidad, se dice que actuarán sin base válida alguna, pues careciendo quien la ejercita de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, no tendría legitimación para actuar, ya que sólo sería titular o portador de un “interés simple” insuficiente para actuar en ese ámbito, donde la prerrogativa tutelada debe ser personal y directa del accionante (CNCiv., Sala K, 1999/03/03, “*Ramírez Chagra, Rubén S. c. Asociación del Fútbol Argentino*”, La Ley, 1999-E, 5, con nota de Andrés Gil Domínguez - ED, 182-769. También ver nuestro comentario en Revista de Responsabilidad civil y seguros, Año II n° 2, abril de 2000, págs. 4 y ss., editorial La Ley.

Asimismo se ratifica que la condición de afectado que menciona el art. 43 de la Constitución Nacional para interponer la acción de amparo como no concreta a persona alguna, abre una legitimación especial para todos los miembros de la comunidad ante ataques o lesiones a los intereses colectivos, habilitándose en el amparo una acción de clase (“class action”) en favor de todo aquel que demuestre la afectación de un interés que no deja de ser propio, aunque participando con un número más o menos indeterminado de miembros de la comunidad, si bien no fuere exclusivo (mismo fallo precedente).

También, la demanda directa de inconstitucionalidad es una acción de derecho público donde la legitimación para entablar la demanda es concedida a la comunidad toda, por lo que sus integrantes -se presenten a título individual o en conjunto, como simples ciudadanos o formando parte de grupos, asociaciones, colegios, órganos, etc.-, se encuentran investidos igualmente de tal aptitud (TS Neuquén, 1999/04/07, “*Unión Cívica Radical - Diputados del Fre.Pa.So. - c. Provincia del Neuquén*”, La Ley, 2000-B, 716).

³⁰ A esta posición ha adherido nuestro máximo tribunal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo” Halabi, Ernesto c/ PEN – ley 25783- s/ Amparo”, con una construcción jurisprudencial que recuerda – y en su texto memora reiteradamente - el nacimiento de la acción de amparo, anticipa la utilización analógica de la class actions (Considerando 17). Las referencias al derecho español y brasileño (Considerando 18) quedan reducidas ante la contundencia de la expresión del Considerando 19 : “...es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, **una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano.**” . - la negrita nos pertenece-

En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que ve al proceso como cosa entre partes físicas y conocidas.

La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la *adecuada representación* de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo, que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material.

La “representación adecuada” se diferencia de la convencional, en que no existe una concesión expresa de apoderamiento, porque no hay una personalidad constituida, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos.

De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial.

Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representatividad adecuada, ellos son: 1) *que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia letrada*; 2) *que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector*.

Pero hay otro modo de analizar la personalidad, que evitando el estudio de la representación pone el ojo en el “ente exponencial”, que supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada.

El criterio se adopta por exclusión, es decir, que admite la representación que se invoca para requerir la actuación jurisdiccional ante un hecho donde los damnificados permanecen inactivos o en actitud pasiva; o bien cuando conocida la invocación del problema a través del “ente exponencial”, no cuestionan ni contradicen la demanda planteada.

El *grupo exponenciado* es el sector protegido, y el *ente exponencial* la

entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

No debe vincularse esta legitimación con la que solicite una entidad organizada (v.gr.: Liga de defensa de los derechos del consumidor, u otros similares), pues aunque estos pueden investirse de representación suficiente y ser partes procesales al vincular el objeto de su constitución con la materia específica que plantean en la demanda; en el caso se busca tutelar el interés colectivo que mantiene una fluidez y heterogeneidad más elástica que los moldes estatutarios.

La diferencia de situaciones puede tener otra lectura. Mientras un grupo organizado pretende lograr beneficios generales, generalmente preventivos; la persona individual que invoca un interés colectivo se arroga la defensa con pretensiones heroicas, aunque justas y razonables.

En el sistema americano esta distinción se reconoce por la dimensión del problema, mientras los *rights without a holder* (derechos sin titular pues toda la colectividad tiene la pertenencia) admiten las legitimaciones indirectas y difusas; los *rights too small* (derechos demasiado pequeños), permiten una protección individual que no requiere de mayores exigencias de representación.

En ambos casos, como se aprecia, el sentido técnico que tiene la legitimación procesal desaparece, al darse preferencia a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas.

El problema que surge para el intérprete resulta de calificar bajo un nominado procesal la naturaleza jurídica que tiene el miembro del grupo exponencial respecto a los demás miembros del sector agrupado (colectivo)-

9. Conclusiones

Las proyecciones del derecho procesal en el derecho administrativo son variadas, y vinculan al procedimiento -no contencioso- con la necesidad de lograr una interpretación única.

No significa esto que el procedimiento administrativo se ritualice o “judicialice”, sino, tan sólo, conciliar la situación procesal del individuo en

una armonía de principios que no tengan diversidad valorativa cuando, axiológicamente, son únicos.

Desde luego que la variación contingente del estado procedimental ofrece alternativas que figuran calidades de enfrentamientos diferentes entre administrado y administración. Sabido es que en la etapa de formación del acto administrativo, la intervención del interesado es pasiva, aun cuando la voluntad estatal tenga origen bilateral; en cambio, en la gestión de control, o de fiscalización a través del recurso o del reclamo, la participación es activa.

En ambos supuestos el procedimiento administrativo supone valorar un instrumento de control de legitimidad (que abarca la razonabilidad y la justicia), y del acierto que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia).

Siendo así, las garantías jurisdiccionales -de fuente procesal constitucional o constitucional, si se prefiere- para sustanciar el trámite deben ordenarse bajo una directiva común, adaptando aquellas peculiaridades del rito, pero sin que ellas sometan los principios procesales inmanentes de la teoría general.

Un encolumnamiento estricto de basamentos tales como el debido proceso, la garantía de participación, el control efectivo, etc., presupuestan una estructuración acorde con la función administrativa, sin importar se califique o no de jurisdiccional.

En este aspecto la calidad de parte en el procedimiento administrativo no es asimilable a la del proceso adversarial, circunstancia por la cual, también la legitimación ordinaria varía en el contencioso. Las partes son dos, es cierto, pero no existe un tercero imparcial al estar fundida en uno la calidad de parte y decisor.

La situación jurídica subjetiva del administrado depende de la calidad de su actuación (es diversa su posición según actúe un derecho subjetivo, un interés legítimo, un interés simple o uno colectivo). El otro lado de la relación procesal administrativa, en cambio, no es tratado en el derecho adjetivo de la administración como una parte en sentido procesal.

Su caracterización se logra a partir de la competencia -como aptitud de

pronunciar resoluciones-, es decir la potestad que tiene el órgano administrativo para intervenir en el procedimiento y decidir. Se integra con el principio de legalidad e incluye la noción, el conjunto de atribuciones y facultades que le corresponden al ente. En otros términos, indica Cassagne, “la competencia no sólo surge en el plano institucional de las reglas que rigen la actuación del órgano, sino también de las que predeterminan la actividad del sujeto”.³¹

De esta manera es imposible encontrar partes procesales en las actuaciones no contenciosas de la administración. Obviamente, tampoco pueden calificarse de pretensiones los reclamos que deducen las personas que allí intervienen.

La situación jurídica del o los individuos que toman parte en un procedimiento administrativo es técnicamente la de interesados que ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple que procura ser satisfecho por un acto de la Administración. La particularidad estará en que la expansión del interés se medirá no ya por la situación jurídica subjetiva sino por la relevancia de la cuestión presentada.

³¹ Cassagne, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 189.

PANORAMA DE UN SISTEMA TIPO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA CONTEMPORÁNEO

Por Juan Carlos Esguerra Portocarrero

Aunque es evidente que la sempiterna confrontación entre la libertad y el poder está muy lejos de haber concluido —y que acaso no llegue a concluir jamás—, fuerza destacar que las ‘picas en Flandes’ que ha venido poniendo el derecho a lo largo del último cuarto de milenio en favor de la causa de la persona del común, han permitido avanzar de modo muy apreciable en pos de recomponer un equilibrio de fuerzas que fue secularmente desigual.

Efectivamente, hay que reconocer con satisfacción que, aunque siguen siendo muy numerosos, y no pocas veces muy graves, los casos en que la arbitrariedad aún logra salirse con la suya, produciendo como resultado variadas formas de sojuzgamiento de los ciudadanos por sus gobernantes, así mismo deben destacarse los enormes pasos que se han dado en el camino de hacer valer, frente a las autoridades públicas, los derechos cardinales de los que todo ser humano es titular.

Como bien se sabe, en el curso de poco menos de doscientos cincuenta años —que, según se mire, pueden parecer muchos o muy pocos— un puñado de creaciones jurídicas, casi todas de estirpe francesa, produjeron como resultado un dramático cambio en el panorama de las relaciones entre quienes ejercen el poder y quienes están subordinados a él. En su conjunto, ellas se han constituido en la utilísima honda con

la que en incontables oportunidades, que hoy por ventura son la regla general, el David del ciudadano de a pie ha logrado afrontar con éxito de los atropellos del Goliat del Estado.

Esas creaciones germinaron en una serie de instituciones que fueron acuñándose sucesivamente, cada una buscando apuntalar o complementar la anterior.

Hoy, no obstante que el escenario en el que cada una de tales instituciones dio sus primeros pasos ha cambiado notablemente —ya que, entre otras cosas, los desafueros que a veces acompañan el ejercicio del poder se han ido haciendo más y más refinados—, la mayor parte de ellas mantiene sus características básicas. Algunas, sin embargo, han cambiado de nombre o se han tornado más sofisticadas y complejas. Además, por obra y gracia de sus bondades, varias de ellas incluso se han universalizado y, unidas, han desembocado en la conformación de lo que propiamente constituye un ‘sistema’ de justicia administrativa.

Conforme a sus denominaciones originales¹, las instituciones en cuestión son, al menos en el caso colombiano, las siguientes:

- 1°.- el recurso de gracia
- 2°.- el recurso jerárquico
- 3°.- el silencio administrativo
- 4°.- la revocación directa
- 5°.- el recurso por exceso de poder
- 6°.- el contencioso de plena jurisdicción
- 7°.- el contencioso de indemnización de perjuicios
- 8°.- el contencioso contractual
- 9°.- la suspensión provisional.

¹ El nombre que cada una de ellas ostenta actualmente, y particularmente aquel con el que se las conoce en Colombia, se indicará más adelante, a la hora de hacer referencia particular a cada una.

A ellas deben agregarse dos fenómenos, que aunque no tienen propiamente la condición ontológica de ser instituciones, no por ello pueden soslayarse, pues que ello equivaldría a desconocer su innegable realidad y el enorme impacto que han tenido en el proceso de formación y consolidación de la justicia administrativa de la que se viene hablando. Me refiero a:

- 10°- el sistemático proceso de reducción del ámbito de la discrecionalidad de las competencias administrativas, y
- 11°- la decisión de entronizar la justicia administrativa, así estructurada, en el concierto, jerárquicamente más elevado, de las garantías constitucionales.

Así pues, sumados, once pasos adelante; once *'constructos'*² distintos y a primera vista absolutamente separados entre sí; once pasos sucesivos en la misma dirección; once piedras angulares del edificio del Estado de derecho; al mismo tiempo, once de sus más emblemáticas conquistas. Pero también —hay que decirlo—, once enormes logros que siempre parecieron imposibles la víspera de su concepción y, al día siguiente, por un momento —que algunas veces se prolongó un poco más—, hicieron creer que finalmente habían conseguido el milagro de someter a la arbitrariedad.

1° y 2° - Las dos primeras, que hoy corresponden a los llamados recursos de *'reposición'* y de *'apelación'* contra los actos administrativos de carácter particular conforman, conjuntamente, lo que ha dado en denominarse la *'vía gubernativa'*. Es decir, los instrumentos procesales instituidos para que los ciudadanos puedan conseguir de las mismas entidades o dependencias gubernamentales que adoptaron una determinada decisión en un asunto particular que a ellos les incumbe o les interesa, la revisión de la misma a la luz de los argumentos planteados por ellos para tal efecto, a fin de resolver si, en función de tales argumentos, es o no el caso de modificar, de aclarar o de revocar la decisión en cuestión.

² En el más amplio de los significados de este término, que en español no es del todo castizo, pero que a mi juicio sirve bien para comprender (en el sentido de incluir), tanto las que he llamado con el nombre de instituciones, puesto que por lo que son y por sus características bien pueden recibir con propiedad tal denominación, como aquellas ideas o creaciones que no alcanzan estricto sensu aquel carácter, pero que, como quedó dicho, han constituido sin duda avances concretos en materia de garantías ciudadanas frente al poder

En sus orígenes, por allá frizando el último cuarto del siglo XIX, uno y otro recursos fueron dos concesiones de última hora del *Antiguo Régimen*, que personificado entonces en Francia por el rey Luis XVI, luchaba desesperadamente por sobrevivir a la furia creciente de los vientos huracanados de inconformidad que antecedieron el estallido de la revolución.

Si bien se las mira, en verdad no puede decirse que ese par de concesiones hubieran significado franquearle la puerta, como se venía reclamando, a la posibilidad de que los ciudadanos controvirtieran e impugnaran en franca lid los actos de *imperium* del gobierno. Pero ciertamente hay que admitir que hicieron que por vez primera se entreabriera esa puerta, al permitírsele a la persona afectada expresar su inconformidad con lo decidido, y pedir y conseguir que, primero su autor y luego su superior inmediato, volvieran sobre el asunto y eventualmente cambiaran lo ya resuelto.

Por supuesto, en el fondo lo más importante era que, por la vía de ese par de recursos, el ‘de gracia’ y el ‘jerárquico’, y a pesar de la evidente estrechez primigenia del uno y del otro, el mundo había logrado echar por tierra —al menos en algunos casos— el milenarismo postulado contenido en la célebre frase: *Roma locuta, causa finita*.

En Colombia, la primera sistematización rigurosa de esta prístina y muy limitada versión de justicia administrativa, que como bien se sabe, inicialmente se conoció en la propia Francia con el elocuente nombre de ‘justicia retenida’, para destacar el hecho de que en ella no hay intervención alguna de parte de un juez y de que quien cumple la tarea de enjuiciar el acto glosado es la propia administración que lo produce, apenas vino a tener lugar por medio del Decreto Ley 2733 de 1959, expedido por el Presidente de la República en el ejercicio extraordinario de competencias legislativas.

Hoy por hoy, es claro que esta ‘vía gubernativa’ no es ya —ni muchísimo menos— la totalidad de la justicia administrativa, sino apenas una primera etapa de la misma. Por lo demás, ella está estructurada de tal manera que, al tiempo de ser una indudable garantía para los ciudadanos, en cuanto les permite conseguir la revisión y eventualmente las conseqüentes modificación o revocación de los actos administrativos particulares, es a la vez una indiscutible forma de poder público, en cuanto

implica concederle a la administración la gabela de ser quien primero conozca y decida los reclamos que se les formulan a sus decisiones³.

3° - El ‘silencio administrativo’ es una vieja y conocida figura del derecho administrativo, instituida por una ley francesa de 1900, y erigida desde entonces en una de las más caracterizadas e importantes garantías con las que cuentan los ciudadanos en sus relaciones ordinarias con la administración.

En lo esencial se trata, como muy bien se conoce, de una ficción del ordenamiento jurídico, que resuelve hacer de cuenta que el silencio que guarda la administración frente a una petición o un recurso formulados por una persona equivale a una decisión sobre los mismos, que le sirve para evitar que esa inercia detenga su camino en pos de buscar la protección de los jueces.

Bien se sabe así mismo, que esta figura fue una respuesta forzada de la ley a los muchos casos en los que, a base de hacer de la inercia una política, y utilizando como “burladero” la prerrogativa administrativa del llamado ‘*privilège du préalable*’,⁴ la administración lograba eludir el control judicial sobre sus actos, aprovechándose de la regla que establecía que solo podían ser materia de tal control aquellos asuntos en los cuales la administración se había pronunciado previamente.

Esta garantía se instituyó en el derecho colombiano por etapas. Inicialmente, por disposición de la Ley 167 de 1941,⁵ el silencio administrativo solo se aplicó respecto de los recursos interpuestos por la vía gubernativa contra una decisión administrativa previa. Así se mantuvo, con apenas algunas modificaciones menores, hasta la expedición del Código Contencioso Administrativo de 1984, actualmente vigente, que lo extendió a las demás peticiones, al decir que “[t]ranscurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa”.⁶ En el caso de los recursos ese plazo es hoy de solo dos meses.⁷

³ *Privilège du préalable*, por su nombre original francés.

⁴ ‘Privilegio de decisión previa’, consistente en la prerrogativa que, luego de haber accedido a conceder “graciosamente” a los administrados la oportunidad de impugnar los actos administrativos, se reservó para sí la administración en el sentido de revisar ella primero sus propios actos.

⁵ Que fue el segundo estatuto contencioso administrativo que existió en Colombia.

⁶ Inciso primero del artículo 80 del Código Contencioso Administrativo.

⁷ Artículo 60 *ibidem*.

Por lo demás, las varias leyes que en una u otra forma⁸ se han ocupado de este tema siempre han optado por establecer la regla general de que el silencio administrativo es negativo. Es decir, que la decisión tácita o presunta que la ley infiere del mutismo que guarda la administración en un determinado caso es negativa respecto de lo solicitado en la petición o en el recurso. Solo en casos excepcionales, de ordinario relativos a asuntos laborales o tributarios, las normas legales tienen consagrados silencios positivos.⁹

4º- La ‘revocación directa’ nació como un corolario del ‘*privilège du préalable*’, en cuanto inicialmente fue solo la potestad que se le reconoció a la administración de revisar y eventualmente reversar sus actos. Hoy por hoy es mucho más que eso y se caracteriza por tener las dos dobles condiciones de ser tanto una prerrogativa pública como una garantía ciudadana y, según el caso, potestativa o imperativa.

Básicamente consiste en la facultad que el orden jurídico le da a la administración, unas veces, o en el deber que le impone, otras, de dar marcha atrás a un acto administrativo de su autoría, mediante el sencillo expediente de borrarlo del mapa, extinguiéndolo así, junto con sus efectos.

Tanto cuando es potestativa como cuando es imperativa, la revocación directa puede cumplirse de oficio o a solicitud de parte. Empero, por expresa prohibición legal, ella no procede a solicitud de parte, si quien la pide ha hecho uso previamente de los recursos de la vía gubernativa.¹⁰

Por ministerio de la ley, ella es imperativa (i) cuando el acto administrativo es manifiestamente contrario a la Constitución Política o a la ley, (ii) cuando no está conforme con el interés público o social o atenta contra él, o (iii) cuando es causa de un agravio injustificado a una persona.¹¹

Si se trata de un acto particular, léase, que haya creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de ese mismo carácter, su revocación está sujeta a la condición *sine qua non* de obtenerse previa-

⁸ Aparte de las ya citadas vale la pena mencionar el Decreto Ley 2733 de 1959.

⁹ Artículo 41 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁰ Artículo 70 ibídem.

¹¹ Artículo 69 ibídem.

mente el “consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”,¹² salvo que aquél haya nacido de un caso de silencio administrativo positivo en el que además haya concurrido una cualquiera de las tres circunstancias que acaban de mencionarse, o que “fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”.¹³

Acaso las dicotomías que a veces generan esas dobles condiciones que tiene la revocación directa han sido la causa de que, en los últimos tiempos, se haya ido formando en torno de ella un cierto ambiente de recelo, que así como es hasta cierto punto explicable cuando se la mira como prerrogativa pública de grueso calibre, resulta desconcertante, en cambio, por el lado de su faceta de garantía ciudadana. Ese recelo ha llevado a la propia Corte Constitucional a decir de ella con cuestionable dureza —que en modo alguno es predicable de la figura como un todo—, que está, “en principio, proscrita de nuestro ordenamiento jurídico, en atención a los mandatos superiores de buena fe, lealtad y seguridad jurídica”, y que “dadas ciertas circunstancias, atenta contra los derechos fundamentales del administrado [...]”¹⁴

5º- La quinta de estas instituciones, el recurso por exceso de poder, que actualmente corresponde en general al contencioso de nulidad —y en el caso colombiano a la ‘acción de nulidad’ que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo—, tradicionalmente se ha considerado, con justicia, en los países de la órbita del sistema jurídico continental europeo, y por supuesto en Francia, que fue su cuna, como el estandarte mismo de su justicia administrativa. Él fue —y en buena medida sigue siendo— el núcleo de esa justicia, en cuanto, al haberse erigido en la fórmula mágica por cuyo intermedio se abrió por vez primera la puerta a la posibilidad de que se invalidara un acto administrativo, significó el rompimiento del axioma de la intangibilidad sacramental de éste, fundada de antiguo en el principio pretendidamente absoluto del *imperium* del Estado.

En un principio, también este “recurso” pareció ser, a lo menos indirectamente, otra forma de ‘justicia retenida’, si se tiene en cuenta que el Consejo de Estado, al que se le encomendó esta oportunidad de revisión

¹² Artículo 73 ibídem.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Sentencia T-57 del 31 de enero de 2005.

adicional de los actos administrativos, si bien era un órgano ajeno a la génesis y a la expedición de estos, en todo caso formaba parte de la misma rama ejecutiva que los había expedido.

Empero, como es bien conocido, el carácter y la independencia de los que hizo gala el Consejo de Estado desde el comienzo, patentes a través de las decisiones que fue adoptando, a poco andar fueron haciendo del recurso por exceso de poder un verdadero enjuiciamiento de los actos de la administración, con vocación a su invalidación, a pesar de que inicialmente el ámbito de ese enjuiciamiento apenas si se extendía —como se deduce del nombre mismo del recurso— a lo tocante con la competencia del autor para expedir el acto.

Lo que siguió fue solo cuestión de tiempo y, en gran medida, mérito de ese Consejo de Estado, por vía jurisprudencial. Más precisamente, de la que por razón de su contenido y de su alcance sin duda fue *ab initio* verdadera jurisprudencia, en sentido material, aunque, formalmente hablando, dada la anotada adscripción orgánica del Consejo a la rama ejecutiva del poder público, el uso de la expresión pudiera no ser el más preciso.

Actualmente, en Colombia, ese ‘viejo’ recurso es ante todo una verdadera ‘acción’, en el sentido esencial que lo define como el derecho público que se tiene a reclamar frente al Estado, y específicamente frente a la rama jurisdiccional del poder público —a la que entre nosotros están orgánicamente adscritos el Consejo de Estado y los tribunales administrativos que hay en cada uno de los departamentos en los que se divide Colombia—, una determinada tutela jurídica, por el camino de la formulación de una pretensión a través de un proceso (ver, entre otros, a Morales 1973, pág. 127 y a Mora 1986, pág. 129).

Además, es una acción ‘pública’, en el sentido de que, por expreso ministerio de las normas que la consagran, ella está instituida en favor de “[t]oda persona”,¹⁵ a fin de que, por la vía de un proceso y mediante una sentencia “con fuerza de cosa juzgada *erga omnes*”¹⁶ que le pone fin, se decida una pretensión de anulación de un acto administrativo, formulada en aras de hacer prevalecer una o más normas superiores de derecho que se suponen infringidas por ese acto. En otras palabras,

¹⁵ Artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 175.

es pública porque igualmente lo es el interés en el que está instituida, tanto en función de los derechos que protege como en el de la finalidad que persigue.

Por el lado de los motivos que pueden dar lugar al ejercicio de esta ‘acción de nulidad’, el ya citado artículo 84 del Código Contencioso administrativo dispone actualmente, de manera taxativa —si bien no del todo afortunada, como se verá—, que ella procede en uno cualquiera de los siguientes casos: (i) cuando el acto administrativo en cuestión transgrede una norma superior, (ii) cuando ha sido expedido por un funcionario o por un organismo que carece de competencia para el efecto, (iii) cuando ha sido expedido en forma irregular, (iv) cuando ha sido expedido al margen de los derechos de audiencia y defensa de los interesados, (v) cuando ha sido falsamente motivado y, (vi) cuando él ha sido expedido con desviación de poder.

Casi todas estas causales, también conocidas con el nombre de ‘vicios’ de los actos administrativos, se explican por sí solas y son obvias. A ellas se fue llegando con el correr del tiempo y la experiencia. Primero, desde luego, fue la que le dio su nombre al recurso original: el llamado exceso de poder, que inicialmente no era cosa distinta de la que hoy se denomina falta de competencia. Y, aunque siguiendo la pauta francesa y la de los demás países que optaron por esa misma línea en la construcción del contencioso administrativo, durante largo tiempo y de varias maneras se amplió considerablemente el ámbito de la idea del ‘exceso de poder’, en busca de hacer caber en ella la creciente variedad de circunstancias de hecho y de derecho que paulatinamente fueron aceptándose como razones para anular los actos administrativos, finalmente hubo de reconocerse que era necesario construir nuevas causales.

Como bien puede observarse, estas distintas causales no son ni mucho menos caprichosas y, cual más, cual menos, todas constituyen alguna forma de corolario del postulado fundamental del Estado de derecho, en el sentido de que el ejercicio de cualquiera y de todas las atribuciones de poder público exige indispensablemente una previa y expresa definición legal acerca del qué, del quién, del cómo, del cuándo, del por qué y del para qué. En ese orden de ideas, cada una de las causales anotadas se refiere a un aspecto distinto de la juridicidad del acto administrativo, dentro de la idea de velar porque ella sea en todos los casos integralmente irreprochable.

Una, como ya se dijo,¹⁷ toca con el tema de la competencia y redundante en el rechazo de las decisiones que se expiden por quien no es titular del poder¹⁸ necesario para resolver lo que en ellas se dice. Otra toca con los trámites procedimentales y los ritos que deben rodear la expedición del acto, a fin de mejor garantizar, tanto la ortodoxia formal que *per se* debe enmarcar toda acción administrativa por ser ella lo que es, como aquellos derechos de carácter personal de los posibles interesados que están vinculados a tales trámites y ritos. Otra¹⁹ tiene que ver con la exigencia relativa al previo cumplimiento de unas diligencias que se han ido estableciendo con el propósito de darles oportunidades suficientes a esos interesados, no solo de hacer valer sus razones frente a la decisión que está para tomarse, sino en todo caso de tomar parte activa en el proceso que debe conducir a ella. Una más²⁰ se refiere a los motivos del acto, y busca asegurar que ellos correspondan exactamente, en cada caso, a los supuestos de hecho y de derecho que las respectivas normas legales han señalado como fundamento de una determinada decisión administrativa. Aquí de lo que se trata, pues, es de que los actos administrativos sean siempre la consecuencia de haberse dado en la realidad una determinada situación fáctica prevista en la ley como su causa, y sean, además, el preciso reflejo de aquello que la ley ordena para cuando ocurre tal situación. La siguiente —que según se verá a continuación puede considerarse una última o una penúltima²¹— tiene relación con la plena congruencia que debe existir entre los fines que el ordenamiento jurídico pretende que se cumplan con un determinado acto administrativo y aquellos a los que de verdad apuntó quien expidió el acto.

Ahora bien, al mirar el listado de las mencionadas causales que consagra la ley, resulta evidente que allí aparece otra. Ni más ni menos que en el primer lugar. Acá, en cambio, deliberadamente la hemos puesto en el último. Pero no porque sea menos que otra cualquiera de ellas, sino porque, a la postre, se trata de una causal que indiscutiblemente las incluye a todas. En el Estado de derecho contemporáneo, en el que prácticamente todo está reglado, y en particular —por definición— las competencias que les incumben a las autoridades públicas, todo caso de falta de competencia, o de expedición irregular, o de violación del

¹⁷ Concretamente la segunda.

¹⁸ En estricto sentido jurídico.

¹⁹ La tercera.

²⁰ La quinta.

²¹ Y que figura en sexto lugar.

derecho de audiencia y defensa de los interesados, o de error de hecho o de derecho en su motivación, o de desviación de poder que afecten un acto administrativo, forzosamente comportan la transgresión de una norma superior. Y, a la inversa, difícilmente puede pensarse en la hipótesis de un acto administrativo que sea violatorio de una disposición jurídica de mayor jerarquía, y que no lo sea precisamente en razón de uno de los otros anotados motivos que igualmente pueden dar lugar a su invalidación.

6° - Al lado de la acción de nulidad, y derivada también del viejo recurso por exceso de poder, el ordenamiento jurídico colombiano, como varios de sus hermanos de América Latina, ha instituido otra acción contencioso administrativa, que a lo largo de los años ha tenido varios nombres²² y que actualmente se conoce con el de ‘acción de nulidad y restablecimiento del derecho’.²³

Se trata también de una verdadera acción, como en el caso de aquella, pero, en cambio, de una acción que es privada y no pública, ya que la legitimación en la causa para interponerla está expresamente circunscrita a quien considere que un acto administrativo lesionó un derecho del que él es titular.

Su finalidad es doble y consiste en conseguir, por una parte, que se declare la nulidad del acto administrativo en cuestión y, por la otra, que se ordene el consiguiente restablecimiento del derecho que ese acto hubiera vulnerado, bien en la forma de una disposición que ordene que algo se haga o se deshaga, bien en la de una condena a indemnizar perjuicios, o bien en ambas, si es el caso.

Como bien se sabe, estas dos han venido siendo, desde los albores de esta modalidad de acción, las dos pretensiones típicas de toda ‘acción de plena jurisdicción’.

La colombiana de nulidad y restablecimiento del derecho ha ido, sin embargo, un paso más allá, ya que en la que constituye una característica un tanto heterodoxa a la luz del principio de la separación de poderes, incluye la posibilidad de que, como forma de restablecimiento

²² Principalmente el de ‘acción de plena jurisdicción’.

²³ Ella está consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

del derecho, la sentencia judicial “[estatuya] disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y [reforme o modifique] estas”.²⁴ Dicho en otras palabras, de lo que aquí se trata es, sencillamente, de que en el marco de la idea de restablecer un derecho vulnerado por un acto, y con esa sola finalidad —como sabiamente lo precisaba la norma original del código de 1984²⁵—, el juez contencioso administrativo puede fungir de autoridad administrativa.

7°- La tercera modalidad de acción contencioso administrativa, hoy denominada en Colombia ‘acción de reparación directa’,²⁶ no es cosa distinta de una acción de indemnización de perjuicios. Por su intermedio, la persona que haya sufrido un daño que sea consecuencia de “un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”,²⁷ puede demandar su satisfacción.

En este caso no hay de por medio un acto administrativo, sino unas circunstancias puramente fácticas, bien por acción, ora por omisión, que en todo caso han sido obra del Estado.

En este contexto, es claro que la acción que aquí nos ocupa es el camino procesal idóneo para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado, que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró explícitamente²⁸ diciendo que él “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.²⁹

Los tribunales contencioso administrativos, y en particular el Consejo de Estado, que durante los primeros años que siguieron a la expedición de la Constitución de 1991 desplegaron las velas de este sistema de responsabilidad pública fundado principalmente en el concepto obje-

²⁴ Artículo 170 del Código Contencioso Administrativo.

²⁵ Que luego fue modificada a su versión actual, que no la contiene, por virtud del Decreto Extraordinario 2304 de 1989.

²⁶ Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Tradicionalmente su construcción había sido, como en casi todos los países de la órbita del sistema continental europeo, obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

²⁹ En relación con el sentido y el alcance de este régimen de responsabilidad véase, entre otros, (Esguerra, 2004, capítulo X).

tivo del ‘daño antijurídico’,³⁰ luego las recogieron, para regresar casi por completo a la línea tradicional trazada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado.

Actualmente, si bien esos tribunales reconocen el daño antijurídico como presupuesto básico de dicha responsabilidad patrimonial —al fin y al cabo es lo que dice la Constitución—, concentran especialmente su atención en aquel otro que se refiere a la imputabilidad de ese daño a una entidad o a un funcionario públicos, para subrayar que tiene que serlo a título de ‘falla del servicio’. Con ello, quiérase o no, se termina desplazando el centro de gravedad de la responsabilidad administrativa de la antijuridicidad del daño a la de la conducta. Y tal cosa, aun cuando plenamente comprensible, en la práctica significa un paso atrás. Es el mismo debate que se ha venido dando en otras latitudes.³¹

8°- El mapa de las acciones contencioso administrativas lo completa hoy la relativa a los contratos del Estado, que en Colombia se denomina actualmente ‘acción de controversias contractuales’. Es aquella que sirve para debatir judicialmente los varios aspectos controversiales que envuelven los negocios jurídicos de los que son parte las entidades públicas.

Precisamente por tratarse de lo que se trata, es decir, de controversias que giran en torno a una relación contractual o que surgen con ocasión de su celebración o de su ejecución, la existencia misma de esta acción dentro del concierto de las acciones contencioso administrativas fue larga y duramente discutida. En primer lugar, porque durante mucho tiempo se consideró que el ámbito de estas acciones estaba circunscrito exclusivamente a las que nacían de una relación de poder, que era donde radicaba su diferencia específica. Pero principalmente, porque ese territorio era —y siempre había sido— territorio de los jueces civiles y del procedimiento civil. Ello, sumado al hecho de que durante largo tiempo todo el tema de los contratos del Estado fue, por razón de la materia, un tema de ‘derecho común’, determinó que fuera usual considerarlo ajeno al derecho administrativo. Por esa razón, en Colombia

³⁰ Cuyo planteamiento liminar fue obra de García de Enterría, quien lo entronizó en la ley española de expropiaciones forzosas de 1954.

³¹ En España, por ejemplo, de vieja data ha enfrentado a dos de los grandes maestros del derecho administrativo, como lo son los profesores García de Enterría y Garrido Falla. En el resto del mundo el debate ha sido menos específico y suele enmarcarse dentro del muy antiguo entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.

ninguno de los dos códigos contencioso administrativos que rigieron durante casi todo el siglo XX³² consagró una acción de tipo contractual, lo cual determinó que fuera siendo la jurisprudencia, primero de la Corte Suprema de Justicia y luego del Consejo de Estado, la que las perfilara. Fue apenas en el código de 1984³³ que finalmente vino a entronizarse una tal acción, como acción autónoma.

Su finalidad, tal como ella fue precisada por la reforma que al código le introdujo la Ley 446 de 1998, consiste en el debate y la determinación en punto a la existencia o a la nulidad de un determinado contrato estatal³⁴ junto con las declaraciones, condenas y restituciones que sean del caso, a que se ordene su revisión, a que se declare su incumplimiento y se condene al responsable a indemnizar los perjuicios del caso, y, en fin, a cualesquiera otras declaraciones y condenas que tengan directa relación con contratos del Estado.

En principio, solamente las partes del contrato están legitimadas para serlo también de su controversia judicial. Empero, por ministerio de la misma ley, si de lo que se trata es de demandar la declaración de nulidad absoluta³⁵ de la convención, esa legitimación se extiende al Ministerio Público y a “cualquier tercero que acredite un interés directo”.³⁶ Esta misma declaración puede igualmente ser hecha por el juez contencioso administrativo de manera oficiosa. En todo caso, si lo que se debate es esa eventual nulidad absoluta del contrato, su declaración solo es posible si en el respectivo proceso intervienen las partes del contrato o sus causahabientes.

En este punto particular es importante anotar que algunas de las innovaciones características del neoconstitucionalismo, que a Colombia llegaron con la Carta Política de 1991, han producido como resultado que se haya abierto notablemente la puerta a la posibilidad de obrar como demandante en los procesos relativos a contratos estatales.

³² La Ley 130 de 1913 y la Ley 167 de 1941.

³³ Contenido en el Decreto Ley 1 de ese año, aún vigente con algunas modificaciones.

³⁴ El significado de la expresión ‘contrato estatal’ está definido en la Ley 80 de 1993, que constituye el estatuto general de los contratos de la administración pública.

³⁵ Nótese que, como evidente efecto de la estirpe iusprivatista de la acción contractual, y por contraste con las otras acciones contencioso administrativas en las que se debate la eventual nulidad de un acto jurídico del Estado, en las que esa nulidad no admite grados, en aquella sí cabe hablar de nulidad absoluta y nulidad relativa.

³⁶ Inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, por el camino de las acciones populares, instituidas para la efectividad y la protección de los derechos e intereses colectivos,³⁷ y teniendo en cuenta que dentro de estos se incluyeron expresamente los “relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en [la ley]”,³⁸ todo contrato estatal puede resultar comprometido en un proceso judicial de esta naturaleza, en el que cualquier persona puede ser demandante.

Ello, bien se sabe, ha sido consecuencia del conjunto de la construcción ideológica que se ha tejido en el mundo alrededor la idea de la democracia participativa, y de la consiguiente apertura de un amplio abanico de posibilidades más o menos formales de que los ciudadanos de a pie, de ordinario marginados de los asuntos públicos, tomen parte en su discusión o controviertan su rumbo, sus procedimientos o sus resultados.

Esto, como es de suponer, ha conllevado toda una revolución en una materia, como la de los procesos judiciales de índole contractual, que por razón de su anotada estirpe “privatista”, siempre estuvo limitada a los debates individuales *inter partes*.

9º- La ‘suspensión provisional’ de los actos administrativos, a diferencia de los instrumentos precedentes, que tienen el carácter de ser instrumentos principales de justicia administrativa, es accesoria. Y lo es, porque se inscribe en el marco de otro. De un proceso judicial contencioso administrativo de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se controvierte la conformidad o la disconformidad de un determinado acto administrativo con las normas superiores a las que debe estar sujeto.

Consiste en la oportunidad que se le ofrece a quien demanda esa nulidad, o esa nulidad con restablecimiento del derecho, de pedirle al juez contencioso administrativo, al comienzo del proceso,³⁹ que mientras dura el proceso disponga la congelación de los efectos del acto administrativo impugnado, de modo que, en el ínterin, ellos cesen de producirse.

³⁷ Que la Constitución elevó a jerarquía constitucional.

³⁸ Artículo 88 de la Constitución.

³⁹ Bien en la propia demanda o en escrito separado que debe presentarse antes de que ella se admita (artículo 152 del Código Contencioso Administrativo).

Se trata, pues, de un antídoto para contrarrestar los efectos potencialmente negativos que se siguen de aquella ventaja característica⁴⁰ de los actos administrativos que consiste en que ellos deben presumirse legales y, por ende, producir todos sus efectos, en tanto no sean revocados por la administración o anulados por un juez contencioso administrativo. Procesalmente hablando, se trata de una ‘medida cautelar’.

Para que la suspensión provisional sea viable, el derecho colombiano exige como requisito que el acto administrativo cuestionado incurra en una “manifiesta infracción” de una norma superior, y que tal infracción sea apreciable “por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”.⁴¹ Si la acción judicial es una de nulidad y restablecimiento del derecho, además de este requisito es necesario que se demuestre que la ejecución de ese acto cuestionado le causa o le podría causar un perjuicio al actor.⁴² Por contraste, en general en los otros países en los que existe esta figura,⁴³ para que ella proceda basta simplemente con que se demuestre que el acto impugnado es causa de un perjuicio para quien demanda. Es más razonable; y evita el riesgo de que el juicio de valor —así sea meramente superficial— sobre la juridicidad del acto, que en todo caso es necesario para poder establecer si en efecto se da o no esa manifiesta infracción de una norma superior, conlleve un cierto riesgo de que se termine prejuzgando.

Las comprensibles prevenciones que esto ha generado han conducido a que en la práctica sean muy pocos los casos en los que prospera la solicitud de suspensión provisional y a que los jueces contencioso administrativos la manejen con un criterio muy conservador, todo lo cual ha terminado por restarle mucho a su importancia. Por lo menos a la importancia que debería tener.

10°- Sin lugar a duda, uno de los más resonantes éxitos alcanzados hasta hoy por la justicia administrativa ha sido el de haber logrado estrechar más y más cada día el cerco que en su momento comenzaron a tender las revoluciones liberales sobre la discrecionalidad como principio rector del ejercicio del gobierno. Bien se sabe que la historia de ese cerco, y sobre todo esa de la sistemática reducción de su espacio, es en buena medida

⁴⁰ La llamada presunción de legalidad.

⁴¹ Numeral 2° del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

⁴² Numeral 3° *ibídem*.

⁴³ Por ejemplo Francia, España y Venezuela.

la historia del Estado de derecho. Y bien se sabe también, que una de las razones principales de que la arbitrariedad hubiera llegado a florecer como floreció, fue la de que tradicionalmente encontró en la discrecionalidad uno de los más propicios terrenos posibles.

Por supuesto, esa ‘reducción del espacio de la discrecionalidad’ está implícitamente presente en cada uno de los instrumentos de justicia administrativa a los que hemos hecho mención, en la medida en que el nacimiento de cada uno marcó un paso adelante en la consolidación del imperio de las competencias objetivamente regladas y sujetas al control judicial, y por ende un paso atrás en el de las signadas por la desigualdad, por la subjetividad y por los caprichos.

Empero, así mismo ha ocurrido que, además de esa sucesiva serie de recortes implícitos a la discrecionalidad, los ha habido explícitos, dispuestos por normas que por lo tanto son también parte integrante de la ‘justicia administrativa’.

En un principio se consideró que cuando las leyes que instituyeron la jurisdicción contencioso administrativa disponían que su propósito fundamental era el juzgamiento de los actos administrativos con miras a su anulación, él no incluía el de los llamados ‘actos políticos o de gobierno’, ya que estos correspondían al ejercicio de una competencia discrecional y por lo tanto no eran susceptibles de judicialización.⁴⁴

El código contencioso administrativo de 1984 dio un paso adelante al precisar, en el artículo en el que definió el objeto de esta jurisdicción, que esta “podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero sólo por vicios de forma”.⁴⁵

Posteriormente, la Ley 446 de 1998, que lo reformó, resolvió dar uno más grande aún, y pasó a decir, simplemente, que “[e]sta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

Pero la verdad es que, ya antes, la expresión “pero sólo por vicios de forma” había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de

⁴⁴ Así ocurrió mientras estuvieron vigentes las leyes 130 de 1913 y 167 de 1941.

⁴⁵ Inciso segundo del artículo 82.

Justicia, que consideró que esos actos políticos o de gobierno no sólo eran juzgables por vicios de forma, sino también por razones materiales relativas “al examen de la validez en su expedición y contenido en relación con los móviles y finalidades invocados”.⁴⁶

Hoy, el panorama es otro. Las garantías fundamentales tienen rango constitucional.

11º- La más reciente conquista lograda por el Estado social de derecho en relación con el tema que nos ocupa ha sido la ‘constitucionalización de la justicia administrativa’. Es decir, su elevación a la condición de garantía constitucional.

No es ni mucho menos un asunto aislado, ya que basta con una mirada a las Cartas Políticas expedidas en el curso del último medio siglo, para comprobar cómo una de las preocupaciones que ha venido mostrando el moderno constitucionalismo, y que se refleja claramente en esos textos es la de incluir dentro de los derechos y las garantías que se estima necesario elevar del nivel legal al de precepto constitucional es precisamente el de la justicia administrativa.

Así, por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución española, aun cuando su referencia es genérica respecto de una tutela efectiva de los jueces y tribunales, y no específicamente referida a la justicia administrativa.

Y así también, mucho más concretamente, la Constitución alemana, que dice expresa y lapidariamente que “[s]i alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales [...]”.⁴⁷

La Constitución colombiana, a más de las disposiciones a las que se ha hecho referencia en este escrito sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y la suspensión provisional, incluyó una mucho más amplia, del siguiente tenor: “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos

⁴⁶ Sentencia del 15 de noviembre de 1984 (radicación No. 1227) (Téngase en cuenta que entre 1910 y la expedición de la Constitución de 1991, que creó la Corte Constitucional, el control de constitucionalidad por la vía de una acción ciudadana contra las leyes que se consideraran contrarias a la Carta, lo ejerció la Corte Suprema de Justicia).

⁴⁷ Artículo 19.

necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.⁴⁸

Es una lástima que, a la hora de certificar los textos del articulado que se aprobó en los debates de la asamblea constituyente de 1991, el secretario encargado de hacerlo hubiera pasado por alto una pequeña pero clarificadora porción del texto que realmente se aprobó, que fue el siguiente: Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá las demás acciones, recursos y procedimientos necesarios para garantizar que los particulares propugnen por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”⁴⁹ (el subrayado es del suscrito).

No cabe duda, al cabo del sucinto examen de conjunto que acaba de hacerse de sus componentes, de que el panorama actual de la justicia administrativa en el que cabe considerar un ejemplo tipo de Estado de derecho contemporáneo, resulta, a la vez, impresionante y enorgullecido. A pesar de ello, como se dijo al principio, no es hora de bajar la guardia.

BIBLIOGRAFIA

- Brewer-Carías, A.R. (2003) *“Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina”*, Bogotá, Legis
- Chapus, R. (2000) *“Droit du Contentieux Administratif”* Paris, Montchrestien
- Esguerra Portocarrero, J.C. (2004) *“La Protección Constitucional del Ciudadano”* Bogotá, Legis.
- García de Enterría, E. (1989) *“Hacia una nueva Justicia administrativa”*, Madrid, Civitas
- González Pérez, J. (1985) *“Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano”* Bogotá, Temis

⁴⁸ Artículo 89.

⁴⁹ Véase el Número 142 de la Gaceta Constitucional (que fue el órgano de difusión oficial de la asamblea), página 18.

- González Pérez, J. (1990) *“Manual de Derecho Procesal Administrativo”* Madrid, Civitas
- Gordillo, A. (2000) *“Tratado de Derecho Administrativo”* Tomo 2. La defensa del Usuario y del Administrado. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo
- Mora Osejo, H. (1988) *“Acciones Contencioso Administrativas”* Comentarios Al Código Contencioso Administrativo, págs. 127 a 144
- Morales Molina, H. (1973) *“Derecho Procesal Civil”* Bogotá, ABC
- Rodríguez, G.H. (1986) *“Procesos Contencioso Administrativos”*. Bogotá, Jurídicas Wilches.
- Vedel, G. y Delvolvé, P. (1991) *“Le système français de protection des administrés contre l’administration”* Paris, Sirey.

USOS Y COSTUMBRES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: UNA ADMINISTRACIÓN AL SERVICIO DE SOCIEDADES PLURICULTURALES

Por Rosembert Ariza Santamaría

En la mayoría de ordenamientos jurídicos latinoamericanos se establece que la costumbre sólo es fuente de derecho a falta de norma legal expresa sobre el asunto. Así, predominan frente al tema tres posiciones: en primer lugar para los publicistas, el derecho consuetudinario no tiene función en el derecho administrativo; para otros, es una fuente subordinada de la ley, y la última posición expresa que la costumbre en el derecho administrativo se impone por sí sola y tiene el rango de ley.

La presente reflexión pretende hacer una mirada y análisis a esta última postura, sus alcances en las sociedades pluriculturales así como en las democracias latinoamericanas, y a partir del caso colombiano, revisar los usos y costumbres en el procedimiento administrativo.

La Constitución Política Colombiana de 1991, estableció la costumbre como fuente de derecho (artículos 330, 246, 94 de la constitución).¹ Los principios sobre los que se funda el Estado colombiano y la organización social, a partir de la premisa de respeto a la Constitución y a la ley

¹Corte constitucional, sentencia de Octubre 28 de 1993.

-lo cual es congruente con la construcción democrática y unitaria del Estado-, brinda suficiente fundamento jurídico a la costumbre.

La Carta Constitucional colombiana estableció como principios del nuevo modelo de Estado Social y democrático de Derecho el respeto a la diversidad y riqueza étnica y cultural de la nación (C.P. Artículos 1, 7, 8, 70 y 330). Los usos y costumbres constituyen una de las principales manifestaciones de la cultura de un pueblo que, inclusive se toman en cuenta para identificar una nación y, dentro de esta, para reconocer una expresión singular de diversidad que debe ser amparada.

La jurisprudencia constitucional colombiana en los últimos años ha fijado sobre el tema los siguientes criterios:

Uno: A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.

-Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.

-Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Estas premisas fueron consagradas en la sentencia T-254 de 1994 y han servido desde entonces para decidir en diferentes casos, en particular, cuando se cuestiona la aplicación de derechos fundamentales que se estiman desplazados por los usos y costumbres de una comunidad indígena o por la actuación de sus autoridades.²

Estas reglas de interpretación aplicadas cuando se presentan diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos, tienen de suyo un gran sentido en nuestro continente, habitado por numerosos pueblos indígenas y diferentes etnias, que en muchos casos no son reconocidas por la denominada sociedad mayor.

El artículo 330 de la Carta de 1991 prescribe: “...de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres

² Ver en igual sentido, la Sentencia T-811 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana.

de sus comunidades...". En este precepto, se consagra el autogobierno indígena, cuyo ejercicio puede ser limitado sólo por las disposiciones de la Carta y las expedidas por el legislador, que a su vez deben ser conformes a las primeras. Ni el gobierno nacional ni las autoridades eclesiásticas están autorizados por la Constitución para intervenir en la esfera del gobierno propio indígena.

La posibilidad de señalar sanciones por faltas contra la moral, entendida ésta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad, no contraría las disposiciones de la Constitución Política. Por el contrario, es un desarrollo del campo de autonomía amplio otorgado a las comunidades indígenas por los artículos 7º y 246 de la Carta, con el fin de preservar los usos y costumbres de éstas. Los desbordamientos de ese campo de autonomía y la afectación de derechos y principios constitucionales prevalentes, deben ser solucionados a través de las directrices generales establecidas por el legislador y de las decisiones judiciales que resuelvan los conflictos suscitados en cada caso concreto.³

La Corte Constitucional, siguiendo el espíritu de la Carta, considera que las diferencias étnicas y culturales son igualmente valiosas, de modo que no valen más las creencias de una determinada sociedad, su sistema jurídico, sus formas familiares, ni las maneras para obtener económicamente el sustento; todas ellas son formas de pensar y vivir la vida buena, según cada pueblo. Define que la sociedad colombiana está instituida por congregación de pueblos y sociedades culturales diferenciados, que determinan la imposibilidad de referirse a una sola noción y concepción, hegemónicas y unitarias, de la naturaleza humana. Las manifestaciones distintas que portan los colombianos, empíricamente demostrables, subrayan el carácter multicultural de la nación colombiana. Bajo estas condiciones, la Constitución admite y por lo mismo valora, que el individuo, como sujeto individual de derecho, y los pueblos, como sujetos colectivos de derecho, puedan definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en sus valores étnicos y culturales concretos, no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como por ejemplo se encuentra establecido por los estados liberales unitarios y monoculturales. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece a las necesidades políticas definidas por el constituyente para construir una democracia cada vez más

³ Sentencia C-139/96 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

inclusiva y participativa (Constitución Política, artículos 1 y 2). También se establece para atender la perspectiva según la cual la justicia constituiría un ideal incompleto si no atiende a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades, expuesto en el preámbulo de la Constitución, así como en los artículos 1, 7, 13 y 16.⁴

Con todo lo anterior queda claro el alcance jurídico de la costumbre como fuente inspiradora del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por su parte, los tratados internacionales de derechos humanos establecen el papel de la costumbre. En el caso de Colombia, conforme al artículo 94 de la Carta, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a pueblos indígenas y tribales, ratificado por ley 21 de 1991, también le otorga a la costumbre pleno valor normativo, cuando consagra en el artículo 8º: “- 1. *Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el propio sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

La costumbre en la mirada jurídica

La costumbre es una regla de derecho que funda su valor en la tradición y no en la autoridad del legislador. Se trata de una repetición de actos uniformes que forman una tradición con relevancia jurídica. Según el jurista romano ULPIANO, la *costumbre* es el consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo lapso de tiempo.

El estado no puede argumentar la *costumbre* para perjudicar al administrado. La Administración Pública no puede adjudicarse derechos a

⁴ En cuanto a la diversidad étnica consultar, entre otras, las siguientes jurisprudencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-428 de 1992, T-342 de 1994, C-104 de 1995, T-496 de 1996, y SU-039/97

partir de la costumbre en perjuicio de los particulares. Los elementos de la misma son, a saber:

-*Inveterata consuetudo*, consiste en la costumbre que tiene arraigo en el grupo.

-*Opinio iuris seu necessitatis*, la convicción de que una costumbre obliga jurídicamente.

De hecho la costumbre tiene una formación distinta de la ley formal, existe la clásica división de la costumbre de linaje romano-canonista en *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*.

La costumbre *secundum legem* (en el sentido de la ley) supone siempre la presencia de la ley, la complementa y la interpreta.

La costumbre *praeter legem* (más allá o fuera de la ley) suple los vacíos del derecho legislado, introduce normas nuevas al ordenamiento jurídico y;

La costumbre *contra legem* (fuera y contra la ley) es y ha sido fuente de controversias doctrinales.

Este debate es bastante álgido en el derecho administrativo, donde parte de la doctrina considera que la costumbre *praeter legem* es fuente del derecho administrativo y la *contra legem* es rechazada por la mayoría de juristas, especialmente argentinos, pues arguyen que la ley no puede ser aniquilada sino por otra ley.

El artículo 17 del Código Civil colombiano, señala por ejemplo que no solo se puede invocar el uso contrario a la ley, sino también el desuso. Existen decisiones jurisprudenciales que han recibido las costumbres *contra legem*, tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo.

Otros autores sostienen que la costumbre administrativa no puede formarse con abstracción de la voluntad del Estado, lo cual conduce al predominio de ésta como innegable y de conformidad con la misma. Los usos tradicionales en el derecho administrativo entonces tienen cierta importancia. Y ello está en razón inversa del grado de ordenación positiva de tal derecho. Así, cuanto más legislado y codificado esté ese

derecho, tanto menor será la importancia de la costumbre como fuente de él, como afirma BIELSA.⁵

Un elemento clave en este análisis es el carácter local de la costumbre para nuestra ley. El artículo 13 de la ley 153 de 1887, habla de que sea general, no en el sentido de que se observe en todo el territorio nacional sino en el lugar donde se haya celebrado el acto jurídico y deban cumplirse las obligaciones en él originadas. El Código de Comercio, exige que los hechos que constituyan la costumbre “*sean uniformes, públicos y reiterados por un largo espacio de tiempo, a juicio de los tribunales del lugar donde han pasado las transacciones*”.

Los Usos y Costumbres desde la mirada de los Pueblos Indígenas

Sin duda una dificultad para los operadores judiciales es identificar en cada pueblo indígena los usos y costumbres, máxime si cada pueblo tiene sus propios usos y costumbres e incluso mismos pueblos tienen diferencias de un resguardo a otro. Por ejemplo, el pueblo Nasa del departamento del Cauca, entiende por usos y costumbres lo siguiente “*Es indistinto usos y costumbres, se toman como conceptos similares o complementarios de tal manera que no se diferencian tales ideas, por eso cuando se dice usos y costumbres es cuando se refieren a esas formas y procedimientos propios de hacer las cosas, como hacer justicia, por ejemplo, no tener en cuenta formalidades inoperantes para asumir los hechos, no mirar el grado de educación o título para que alguien asuma la investigación de un hecho, creer en los médicos tradicionales como guías en la búsqueda de la verdad, decidir en asamblea la suerte de un agresor, no admirarse ni hablar mal del otro porque ese mal se le puede revertir al que habla o a su familia, que las asambleas sean los domingos o lunes y no otro día, imponer el cepo, fuede o trabajo comunitario, haciendo caso a lo que la asamblea define, asumir una responsabilidad colectiva por la mala conducta de un comunero, ser consientes de que las malas conductas se da cuando no se están haciendo los rituales, cuando se está dejando de creer en normas de comportamiento que exige la naturaleza, por esa responsabilidad colectiva es que se asiste aun sin tener parte en los conflictos que se tratan en la asamblea y se aguan-*

⁵ Bielsa, *Derecho Administrativo*, 6ª Ed., Tomo I, p. 107 y ss.

ta hasta la hora que se termine, todo lo anterior significa proceder de acuerdo a los usos y costumbres.”⁶

La “Costumbre” es entonces un concepto pensado para especificar unas condiciones de repetición de actos y de hechos que se aceptan por todos y se toman como parte del acontecer sociocultural y que permite orientar el comportamiento colectivo.

De hecho, en el entender de esta comunera indígena, los usos y costumbres no tienen la misma comprensión que se tiene en el mundo occidental. La palabra como tal no existen en su lengua, lo que sí existe es una cosmovisión propia que no deslinda lo espiritual, social, económico y familiar en el acontecer de sus vidas.

Luego, esta situación crea para los jueces una dificultad cuando de entender tales usos se trata. Así, en una sentencia de unificación, la Corte Constitucional colombiana trata de dar algunos criterios para sortear esta situación.

El fallo SU-510 de 1998 reconoce que el juez no es un tercero necesariamente imparcial, pues tiene una identidad y unas posiciones culturales, aspectos que pueden intervenir negativa o positivamente en su decisión. El magistrado ponente en este fallo propone como salida que el mismo juez o un tercero experto, a su solicitud haga un análisis cultural, en el terreno de la antropología un peritazgo antropológico o en el de otras ciencias sociales, que contribuya a comprender un asunto que por la singularidad del objeto de estudio del derecho, puede ser ajeno o escapar al ámbito de conocimiento de los jueces ordinarios. Con este paso se desplaza a la Corte la pregunta por la imparcialidad del funcionario de una sociedad multicultural y pluriétnica, con base en las teorías de la justicia, hacia el contexto de las discusiones epistemológicas y metodológicas sobre el análisis cultural practicado por la etnografía.

¿Derecho indígena o usos y costumbres?

En gran parte de los países latinoamericanos con población indígena, los rasgos del derecho indígena actual están condicionados por la his-

⁶ En entrevista realizada a Miriam Liz Andela, Abogada Indígena del Pueblo Nasa. Noviembre de 2008 - Resguardo de Togoima, Tierradentro Cauca, Colombia.

toria de los pueblos y su interacción desventajosa con el sistema dominante. No obstante ello, gracias a la pervivencia de su matriz cultural, los sistemas normativos indígenas se han adaptado y recreado, logrando sobrevivir a pesar de las condiciones de subordinación política y represión. Cabe anotar que cuando se habla de los sistemas indígenas con relación al sistema estatal no se está hablando de sistemas paralelos que nunca se tocan, sino de sistemas en interacción constante, con mutuas influencias. El problema es que los sistemas indígenas se encuentran en una situación política subordinada y ello condiciona su funcionamiento, valoración y posibilidades de desarrollo.⁷

También es pertinente reconocer que los estados latinoamericanos devienen de una línea filosófica que los ubica en estados liberales, unitarios y monoculturales, basados en el principio de derechos iguales para individuos iguales.

Como afirma Rodolfo Stavenhagen, las prácticas sociales más significativas que conforman la cultura de los pueblos indígenas, son las costumbres jurídicas propias: “...*el derecho consuetudinario es considerado generalmente como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo... junto con la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituyen un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad...*”.⁸ A diferencia del derecho positivo, el derecho consuetudinario opera sin Estado, mientras que las normas del derecho positivo emanan de una autoridad política constituida y son ejecutadas por órganos del Estado.⁹

Siguiendo a Stavenhagen, se podrían enumerar algunos de los asuntos que forman parte del derecho consuetudinario y que podrían ser material de esa competencia, entre las cuales se tiene: a) Normas de comportamiento público; b) mantenimiento del orden interno; c) definición

⁷ Ariza, Santamaría, Rosember (2007), “Armonización entre Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria - Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia”, en: Justicia Ordinaria y Justicia consuetudinaria: *¿un matrimonio imposible? - Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

⁸ Stavenhagen, Rodolfo (1990), “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en: *En-en: Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano (III) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), p. 27.

⁹ *Ibid*

de los derechos y obligaciones de los miembros; d) distribución de los recursos naturales (agua, tierras, bosques, etc.); e) transmisión e intercambio de bienes y servicios; f) definición de los hechos que puedan ser considerados como delitos, faltas, que afecten a los individuos o bien a la comunidad, con la respectiva sanción; g) manejo y control de la forma de solución de los conflictos y, h) definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena.¹⁰

De acuerdo con Durand Alcántara, se trata de un derecho múltiple, complejo e histórico, sometido a ciertos cambios por su carácter dinámico, y que se mantiene en el tiempo por la práctica reiterada de los miembros de una comunidad.¹¹ No se debe pretender el establecimiento un único procedimiento para resolver los conflictos entre indígenas, puesto que se atentaría justamente con el carácter oral, dinámico y flexible de las diversas prácticas indígenas, las cuales no requieren de papeles, medios de grabación y demás trámites administrativos.

La ambigüedad del concepto de derecho indígena (consuetudinario) se presenta debido a tres distintas concepciones que antropólogos, abogados y juzgadores tienen de éste:

- a) derecho indígena como sistemas normativos;
- b) derecho indígena como *usos y costumbres*; y
- c) derecho indígena como normas jurídicas: como un conjunto de normas jurídicas emanadas de los pueblos y comunidades indígenas.

La dilucidación de estos conceptos adquiere importancia en la medida en que son llevados a la práctica por los impartidores de justicia, los verdaderos sistemas jurídicos indígenas son subestimados o rebajados a la mera categoría de *costumbres*, o de Mecanismos Alternativos de resolución de conflictos.

La interpretación del derecho indígena como *sistemas normativos*, se considera demasiado extenso, toda vez que bajo este concepto es posible agrupar una gran variedad de normas que no necesariamente son jurí-

¹⁰ *Ibid.* p. 31.

¹¹ Cabedo Mallol, Vicente (2004), “*El Derecho consuetudinario indígena*”. Conferencia presentada en la Universidad del Zulia (Venezuela), Marzo 2004, p. 8.

dicas. Por ejemplo, las normas morales, religiosas o sociales que rigen en el interior de las comunidades indígenas. En este sentido, dar el nombre de *sistemas normativos* al derecho indígena, resulta desafortunado si lo que se quiere demostrar es el carácter jurídico de las normas que los pueblos y comunidades indígenas aplican en sus jurisdicciones territoriales. En otras palabras, identificar el derecho indígena con los *sistemas normativos*, en un sentido amplio, puede llevarnos a confundir las normas jurídicas de los otros tipos de normas, que sin ser jurídicas se conjugan con la misma intensidad en el interior de las comunidades indígenas.¹²

Por el contrario, la noción de derecho indígena planteada en el segundo de los casos (usos y costumbres), es reducida. De entrada, valga señalar que esta expresión no denota, ni siquiera implícitamente, estar constituidas por normas jurídicas. La acepción conjunta que se tiene de estos conceptos se refiere más bien a normas de carácter religioso, moral o social. Por ejemplo, la costumbre del pueblo triqui de asumir cargos de mayordomía o la prohibición del noviazgo antes del matrimonio. En otras palabras, la acepción conjunta de estos conceptos no existe en la teoría del derecho como norma jurídica o como fuente de derecho.¹³

En todo caso, la figura jurídica que más se asemeja a los usos y costumbres es el derecho consuetudinario y las *costumbres* como fuente de derecho pero no la noción conjunta de *usos y costumbres* como un concepto jurídico en sí. De ahí que identificar este concepto con el derecho indígena equivale a negarle existencia y validez a este último.

En la práctica jurídica es donde se manifiestan los efectos negativos de la ambigüedad con la cual es tratado este concepto. En efecto, los alegatos formulados por los defensores en diversos asuntos tendientes a acreditar alguna norma jurídica indígena o la actuación de alguna autoridad indígena en uso de sus facultades son desechados por los juzgadores argumentando que este tipo de normas o actos constituyen sólo *usos y costumbres* que no trascienden en el operador de justicia, quien prefiere usar las normas jurídicas ya establecidas en las leyes positivas para emitir su resolución.

¹² Ariza Santamaría, Rosembert, Op.cit

¹³ Gómez, Herinaldy (2006), Ponencia presentada en México Congreso de RELAJU, Octubre de 2006.

La actual interpretación de lo que se ha dado por denominar *pluralismo legal o jurídico*, como uno de los nuevos paradigmas surgidos en los últimos años, ha venido cuestionando la concepción del derecho estatal, que se presenta como una “...*ley única, autónoma y autocrática*”, omnipresente en todos los ámbitos de la vida social de los Estados naciones.¹⁴ El llamado “monismo jurídico”, impuesto por la teoría jurídico positivista de Hans Kelsen, concibe al Estado como la única entidad capaz de crear normas, procedimientos y estructuras administrativas y judiciales para regular los conflictos que se plantean entre los miembros de una sociedad, a través de los órganos del poder público, es decir, que ello implica el “...*monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica*”,¹⁵ sin dar espacio a otros sistemas jurídicos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al derecho consuetudinario

La actuación de los órganos del sistema en relación con los pueblos indígenas ha venido generando, sobre todo a partir del caso *Awas Tingni*, una jurisprudencia cada vez más elaborada en relación con el contenido de los derechos de los pueblos indígenas en el continente americano. Esta jurisprudencia ha sido desarrollada tanto por la Corte como por la Comisión, generalmente en casos individuales bajo procedimientos de carácter contencioso, aunque también en relación con otro tipo de procedimientos como las medidas provisionales, en el caso de la Corte, o las medidas cautelares y los informes especiales y sobre países, en el caso de la Comisión. En el procedimiento contencioso, las decisiones de la Comisión y la Corte no sólo vinculan a los Estados responsables de violaciones de derechos humanos en los casos específicos (el denominado efecto interpartes) sino que también generan interpretaciones generales de los derechos consagrados en la Convención, en la Declaración y en el resto de instrumentos del sistema, interpretaciones dotadas de autoridad que vinculan también al resto de los Estados en la aplicación de estas normas (efecto *erga omnes*).

La Corte Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse en casos

¹⁴ De Sousa Santos, Boaventura (1997) “Una concepción multicultural de los Derechos Humanos”, en: *Revista Memoria*. Nº 101, México, p. 170.

¹⁵ Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999), *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, p. 11-12.

de violaciones masivas del derecho a la vida en el contexto de masacres perpetradas contra comunidades indígenas en países con conflictos armados o como parte de campañas de violencia perpetradas contra dicho pueblos, bajo motivaciones genocidas. En estos casos, los Estados asumieron la responsabilidad de las atroces violaciones cometidas por regímenes anteriores, pero se planteaba la cuestión fundamental de reparar a los familiares de las víctimas de estas violaciones. Los órganos del sistema interamericano han desarrollado una jurisprudencia bastante amplia sobre las reparaciones de violaciones al derecho a la vida consagrada en la Convención Americana, que busca desagraviar las pérdidas irreparables de vidas humanas con compensaciones monetarias a los familiares de las víctimas por daños materiales e inmateriales sufridos. Sin embargo, la condición indígena de las víctimas ha llevado a los órganos del sistema a desarrollar una serie de principios respecto al tema particular en estos contextos indígenas.

Un primer precedente en este sentido fue establecido por la Corte en el caso *Aloeboetoe et. al. v. Surinam*. Los hechos que fueron objeto de la denuncia en este caso se retraen a 1987, cuando seis personas de origen saramaka fueron masacrados por fuerzas del ejército surinamés bajo acusaciones de que pertenecían a un grupo guerrillero. En la audiencia ante la Corte Interamericana sobre excepciones preliminares en el caso, celebrada en 1991, el estado de Surinam reconoció su responsabilidad internacional por dichas muertes, pasándose entonces directamente a la fase de reparaciones.¹⁶ Para el cálculo de éstas, la Corte envió un relator especial a Surinam, quien pudo comprobar las condiciones de vida de las comunidades saramaka afectadas y las consecuencias de los crímenes sobre éstas.¹⁷

Tomando en consideración los datos aportados por esta misión, la Corte se desvió de su práctica habitual sobre el cálculo de las reparaciones, alegando que “las leyes de Surinam relativas al derecho a la familia” no tenían validez para la “tribu Saramaka”, que aplica su propio derecho consuetudinario sobre estas cuestiones.¹⁸ Bajo esta premisa, la Corte decidió calcular las reparaciones tomando en cuenta el propio derecho consuetudinario saramaka, aunque tamizado por considera-

¹⁶ Caso *Aloeboetoe* (Fondo), Sentencia de 4 de Diciembre de 1991, Serie C (No11) (1991), párr. 22.

¹⁷ Caso *Aloeboetoe* (reparaciones), Sentencia de Septiembre de 1993, Serie C (No 15) (1993), párr. 40

¹⁸ *Ibid.*, párr. 58.

ciones-de compatibilidad con los derechos de la Convención Americana, especialmente en relación con la igualdad de género. Según la Corte: “El derecho surinamés...no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así al referirse a los “ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre saramaka.”

Sobre esta premisa, la Corte ordenó al estado de Surinam el pago de la indemnización respectiva a las múltiples esposas, así como a los padres y madres de las víctimas, según el derecho saramaka en la versión de la Corte.¹⁹

A manera de conclusión

Se presentaron diferentes debates alrededor de los usos y costumbres y su alcance como fuente de derecho, como norma o ley propiamente dicha, en el entendido de recrear un debate que no se cierra con estas apreciaciones y que por el contrario pretende mantener una fecunda discusión con todos los estudiosos del derecho, que puedan estar o no de acuerdo con estas opiniones.

Cierto es que se cuenta con una jurisprudencia nacional e internacional bastante prolija en la materia, la cual vale la pena revisar entrandose del reconocimiento de los usos y costumbres. Sea cual fuere la posición que se asuma por parte de los tratadistas y los operadores del derecho administrativo, frente al tema de los usos y costumbres, el Estado social de derecho cambió los esquemas tradicionales y rígidos, dando lugar a una concepción de administración pública que de hecho debe estar en consonancia con nuestras sociedades pluriculturales.

Bibliografía

- Ariza, Santamaría Rosembert (2007) “Armonización entre Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria - Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecua-

¹⁹ *Ibid.*, párr. 66.

dor y Bolivia”, en: *Justicia Ordinaria y Justicia consuetudinaria: ¿un matrimonio imposible? - Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

- Barco Alza, Carlos (2007), *Población indígena. Derechos de participación. Derechos indígenas: balances de avances jurídicos y retos pendientes*, Lima, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Congreso de la República.
- Cabedo Mallol, Vicente (2004), “*El Derecho consuetudinario indígena*”. Conferencia presentada en la Universidad del Zulia (Venezuela), marzo 2004
- Carrillo Prieto, Ignacio (1994), “Algunas tendencias actuales de la teoría del derecho”, en: J. Luis Soberanes (compilador), *Tendencias Actuales del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica.
- Clavero, Bartolomé (2006), “Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas”, en: *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos - Universidad de Deusto. Serie Derechos Humanos, Vol.14.
- Chinchilla, Tulio Elí (1997), “¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?”, en: Hernán Augusto López (editor), “*Estudios de Derecho*”, No. 127, Volumen LVI, Medellín, Universidad de Antioquia.
- Comisión Internacional de Juristas (2005), *La justicia en Guatemala: un largo camino por recorrer*, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas. Disponible en http://www.icj.org/IMG/pdf/ICJ_Guatemala_Report_Spa.pdf
- De Sousa Santos, Boaventura (1997) “*Una concepción multicultural de los Derechos Humanos*”. Revista Memoria. N° 101. México.
- Gaviria, Carlos (1998), “Justicia Indígena en la Constitución Colombiana de 1991”. Ponencia presentada en el Taller Internacional *El Reto de la Diversidad: Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina*, Amsterdam, CEDLA.

- Gómez, Magdalena (1997), *Derecho Indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para Las Naciones Unidas, A.C. México.
- Léger, Marie (2002) “El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. ¿Amenaza o ventaja?”, en: Publicación electrónica del seminario *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas*. Ponencia de los participantes y síntesis de las discusiones, Nueva York, 18 de mayo de 2002. Disponible en <http://www.ichrdd.ca/site/publications>
- Ministerio de Justicia y Derecho (1997), *Del Olvido surgimos para tra- traer Nuevas Esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*, Santa Fé de Bogotá.
- Sánchez Botero, Esther (2004), *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, 2ª ed., Bogotá, UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
- _____ (1998), “La Tutela en Colombia como medio de la transformación de las relaciones Estado Pueblos Indígenas en Colombia”. Ponencia presentada en el Taller Internacional *El Reto de la Diversidad: Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina*, Amsterdam, CEDLA.
- Stavenhagen, Rodolfo (1990), “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en: *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano (III) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Velásquez, M. C. (1998) “Frontera de Gobernabilidad Municipal de Oaxaca, México: El reconocimiento Jurídico de los “Usos y Costumbres” en la renovación de los Ayuntamientos Indígenas”. Ponencia presentada en el Taller Internacional *El Reto de la Diversidad: Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina*, Amsterdam, CEDLA.
- Vinding, Diana (editora) (2004), *El mundo indígena 2004*, Lima, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA

- Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999), “Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”, Capítulo IV.2 - Pautas para el reconocimiento constitucional del derecho indígena y su coordinación con el derecho estatal, en: *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack. Disponible en <http://alertanet.org/dc-ryf-criterios.htm>

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

¿TRIBUNALES JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS?

Por Karlos Navarro Medal y
Miguel Ángel Sendín García

Introducción

Pocos países han tenido una evolución tan compleja y problemática como la que ha experimentado Nicaragua a lo largo de su historia. La inestabilidad política y las alternancias en el poder, no sólo de las personas o los grupos políticos, sino también de las ideologías y concepciones económicas y sociales, han sido más que frecuentes.

Este factor no podía dejar de afectar a la evolución del ordenamiento jurídico encargado de encauzar y dirigir la realidad social, política y económica subyacente a la misma. Afirmación especialmente cierta para una rama tan apegada a la política y a los cambios sociales como lo es el Derecho administrativo. Realidad, como es sabido, extraordinariamente sensible a las transformaciones sociales.

La más marcada consecuencia que esto ha traído consigo ha sido la incapacidad para llevar a cabo la construcción del ordenamiento jurídico administrativo desde una perspectiva unitaria, pues se ha erigido como fruto de impulsos diversos, procedentes de las más diversas influencias, que han ido configurando un conglomerado variable, imposible de incardinar en ninguna de las familias o construcciones jurídicas clásicas. Ningún país del mundo puede afirmar, ciertamente, que su Derecho se enmarque de forma absoluta en una tradición jurídica determinada, sin embargo, el caso de Nicaragua es al respecto destacable,

dada la intensidad, y sobre todo la confusión, con lo que a lo largo de su convulsa historia se ha ido produciendo esa mixtura de soluciones jurídicas diversas.

Eso explica, en buena medida, que a pesar de existir, como es evidente dada la entidad y riqueza histórica de un país como Nicaragua, un importante aparato administrativo desde muy temprano, no exista en él un sistema desarrollado de Derecho administrativo. En la regulación jurídica de esa estructura pública es frecuente encontrar figuras y conceptos propios del Derecho administrativo continental europeo, de base francesa (piénsese, por ejemplo, en la figura de la concesión administrativa, que aparece frecuentemente en la normativa de Nicaragua); que conviven con soluciones jurídicas procedentes de otras latitudes (la influencia norteamericana debe ser también aquí, como en tantos otros campos, especialmente reseñada).

A ello se añade un factor bastante común en toda Latinoamérica, como es la tendencia a reproducir las instituciones jurídicas europeas y estadounidenses.¹ De nuevo aquí Nicaragua asume un papel destacado, pues precisamente en la materia que nos ocupa, se manifiesta una notable carencia de construcciones originales en sentido estricto, y se percibe un tratamiento de la materia deudor en exceso de los estudios llevados a cabo en otras latitudes.²

Los efectos de esta intensa importación se ven agravados por la más que marcada carencia en el tratamiento de la materia por la doctrina

¹ Señala E. Rivero Ysern que “gran parte de las instituciones existentes en América Latina son reproducciones, a imagen y semejanza, de otras existentes en Europa o en los Estados Unidos. Desde las Cortes constitucionales o los consejos de Estado a los entes reguladores o agencias de supervisar y regular actividades estratégicas”. “Descentralización en Colombia”, en *El Estado de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2003. Pág. 93.

² En tal sentido, señala C. M. López que en algunos casos las obras nicaragüenses sobre la materia son “simple extrapolación de lo que han escrito otros autores en otras latitudes, sin tener en cuenta si esas reflexiones son aplicables o no, a nuestra realidad, a nuestra historia, a nuestro grado de desarrollo económico, social y cultural, y más aún, a nuestro ordenamiento jurídico. Además uno de nuestros errores más frecuentes ha sido la tendencia a confundir lo que no es más que una reflexión particular sobre la normativa a una realidad concreta, a menudo ajena y distanciada, no sólo geográficamente, de la nuestra, con lo que es la doctrina general o principios generales del derecho aceptados por la civilización occidental, a la que de alguna manera hemos sido incorporados”. “Prólogo”, al libro de J. Flavio Escorcía: *Derecho Administrativo*. León, Nicaragua, 2002. Pág. 8. En el mismo sentido, J. Flavio Escorcía destaca la necesidad de “conectar los conocimientos teóricos con la realidad nacional, con los problemas que padece la sociedad”. *Derecho Administrativo*. León, Nicaragua, 2002. Pág. 31.

nicaragüense, que se ha ocupado bastante pocos de los problemas iu-administrativos³. Esto no impide, por supuesto, que existan también en este país algunos estudios, muy meritorios además, sobre el tema.⁴ Pero son tan sólo excepciones particulares, simples islas en un inmenso océano de olvido, motivado, quizás, por la escasa aplicación práctica que esta rama del Derecho ha tenido hasta el momento en Nicaragua.⁵

En su conjunto, todos estos factores determinan que el Derecho administrativo de Nicaragua se presente como un conjunto que adolece de un alto grado de irracionalidad, en cuanto ofrece, con carácter general, la visión de un agregado de soluciones técnicas, correctas individualmente consideradas, pero carentes de una verdadera conexión lógica y, sobre todo, en gran medida extrañas, en el sentido de que parecen haberse anexionado desde fuera, como algo ajeno, y no, como sería deseable, como fruto de una adaptación y adecuación progresiva a la realidad jurídica, social, política y económica nicaragüenses.

Como señala Ivanega,⁶ un sistema no puede recibir un juicio positivo o negativo sino es desde su aplicación práctica. Se hace, por ello, imposi-

³ Señala López que “el Derecho Administrativo en nuestra patria presenta niveles muy modestos. Ha sido, más bien, una rama del Derecho Público un tanto descuidada y a veces desvalorizada. Son pocos sus cultivadores. Sigue siendo un Derecho para unos cuantos iniciados. Casi diríamos que se trata de un Derecho esotérico. Nuestros autores, por otra parte, han sido muy escasos. Además no todo lo que se ha escrito tiene la misma calidad. La existencia de obras generales es limitadísima”. *Prólogo*. Págs. 7-8.

⁴ Así, puede citarse la obra de I. Palma Martínez: *Derecho Administrativo, Teórico y Positivo*, Editorial Nuevos Horizontes, Managua, 1947; bastantes años más tarde vio la luz la obra de Rizo Oyanguren, A.: *Manual Elemental de Derecho Administrativo*. Editorial Universitaria, León, Nicaragua, 1992; recientemente, nuestra bibliografía sobre la materia se ha visto enriquecida por una notable obra de Flavio Escorcía: *Derecho Administrativo*, previamente citada.

⁵ Señala al respecto Flavio Escorcía que el “Derecho Administrativo ha venido siendo hasta hoy, una rama del Derecho abandonada por el jurista y no muy agradable para el estudiante. La causa parece ser la casi nula oportunidad que como estudiantes de leyes, tienen para practicar o ejercitar los conocimientos del Derecho Administrativo. Quizás el ambiente político de nuestra sociedad y el actuar mismo de la propia administración pública, desaniman también al estudiante y al jurista, encontrando al Derecho Administrativo como un conjunto de conocimientos simplemente teóricos a los que no se les tiene muy en cuenta por el poder público. Ello es posible que les haga pensar, que las posibilidades para ejercer el Derecho Administrativo son remotas, a menos que trabajen en la administración pública y aún así, entienden que es posible que no encuentren afinidad entre lo que se les ha enseñado y la forma como más tarde deberán adoptar sus decisiones”. *Derecho Administrativo*. Pág. 31

⁶ Indica M. M. Ivanega que los “sistemas-administrativos, financieros, económicos, jurídicos –no son buenos ni malos en sí mismos. En realidad, sus beneficios, o la ausencia de ellos, deben rendirse con relación a la aplicación efectiva que puedan tener en un Estado determinado”. *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2003. Pág. 285.

ble, en nuestra opinión, enjuiciar de forma global los distintos sistemas administrativos que en uno u otro momento ha ido adoptando Nicaragua, pues ninguno de ellos ha tenido una implantación real lo suficientemente intensa como para concluir acerca de su adecuación.

Pero la mayor dificultad, sin duda alguna, que sigue encontrando esta rama del Derecho que nos ocupa en Nicaragua es la persistencia de notables lagunas en su ordenamiento jurídico administrativo.

Durante los últimos años esta rama del Derecho va ganando, lenta pero decididamente, posiciones y, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1995, ha experimentado un desarrollo de importancia verdaderamente reseñable.⁷

Pero éste decidido impulso no puede ocultar aún la existencia de tres grandes lagunas. Por un lado, la falta de algunos textos legales básicos para la existencia de un auténtico sistema de Derecho administrativo. Sin necesidad de descender a un estudio de detalle, creemos queda debidamente acreditada la certeza de este hecho señalando la inexistencia aún hoy en día de una ley de procedimiento administrativo y régimen jurídico básico de la Administración pública. Texto jurídico básico y crucial en todo régimen administrativo que se precie, que ni ha existido ni existe en Nicaragua; y una reforma a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Por otro lado, y quizás aún más dramático que lo anterior, es la falta de una tradición en la materia. Carencia que se manifiesta además en todos los ámbitos posibles: empleo público, abogacía, jurisprudencia y doctrina. Ello hace que las leyes administrativas se perciban en la práctica como elementos extraños y desconocidos, que encuentran unos obstáculos insalvables para su aplicación práctica en su rotunda novedad para los operadores jurídicos llamados a aplicarla.

Un panorama plagado de problemas, como puede ya deducirse de estas páginas iniciales, que tienen su disquisición, en una historia marcada por convulsiones; y cambios de brusco; pero también de esperanzas. Los últimos tiempos están siendo testigos de una delicada y compleja

⁷ Como señala Flavio Escorcía, en "Nicaragua, el Derecho Administrativo de fines de siglo, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1995, se encuentra experimentando una enorme ascendencia y constante evolución". *Derecho Administrativo*. Pág. 31.

operación por poner en marcha un sistema de Derecho administrativo avanzado, equiparable al de los países más avanzados del planeta. Es nuestro propósito en este trabajo, explicar, como se ha desarrollado este proceso, en su dimensión histórica.

Panorama Histórico

La formación y desarrollo del Derecho Administrativo en Nicaragua ha tenido un camino difícil, porque además de presentar diversas influencias, la misma historia de Nicaragua, después del proceso de independencia, ha presentado un complejo proceso de definiciones y redefiniciones, de luchas, levantamientos y disputas entre las distintas fuerzas políticas en torno al proyecto de país.

En la primera mitad del siglo XIX reúne, en el escenario de su definición como nación, a independentista y realistas, promonárquicos y republicanos, civiles y militares, caudillos y funcionarios, liberales y conservadores. Este complejo escenario formativo de nuestra historia también estuvo marcado por la diversidad entre la modernidad que encerraban los proyectos políticos, y la novedad de las leyes e instituciones con respecto al acentuado tradicionalismo social y cultural.

Sin embargo, a pesar de las diversas ideas en torno al proyecto de nación que se debatieron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1823, el 22 de noviembre de 1824 se aprobó la Constitución de la República Federal de Centroamérica;⁸ que imitó en su organización constitucional, el modelo de la primera república del continente, los Estados Unidos.

A pesar que se le atribuyen defectos, que no son más que la consecuencia natural de la filosofía política y de la doctrina que la inspiraba, se ha dicho que esta Constitución no se ajustaba a la realidad de Centroamérica, y que los Constituyentes había actuado con un lirismo doctrinario que produjo graves y negativas consecuencias.⁹

⁸ “Once meses antes de su promulgación, -escribe Pedro Joaquín Chamorro Zelaya- el poder Ejecutivo Provisional había publicado las bases de la Constitución Federal, la cual, según él presagiaba “La creación de nuevo orden social, los más análogos a las luces del siglo y los deseos y disposición actual de las provincias unidas de Centroamérica. *Historia de la federación de la América Central (1823-1840)*, Madrid, ediciones, Cultura hispánica. 1951. Pág. 67.

⁹ El examen más exhaustivo sobre los posibles defectos de la Constitución lo realiza Pedro Joaquín Chamorro Zelaya. *Historia de la federación de la América Central (1823-1840)* Madrid, ediciones, Cultura hispánica. 1951.

Esta crítica es válida, desde cierto punto de vista, sin embargo, debe analizarse teniendo en cuenta que la actitud que se objeta en la Carta de 1824 es común, prácticamente, a todo el constitucionalismo latinoamericano, y que se funda no sólo en la ideología política del momento, sino también en la mentalidad urbana de los constituyentes latinoamericanos del siglo XIX. Hay que tener en cuenta para comprender esta actitud de nuestro constitucionalismo, en el periodo de la organización institucional posterior a la Independencia, que no era posible, en términos reales, la creación de modelos a la redacción de textos derivados de nuestra propia experiencia histórica y política, por lo que había de ser, en cierta forma ineludible, la adopción de fórmulas jurídicas importadas, que, resultado de la ideología que habían adoptado las “élites” nacionales, veían coronadas del prestigio intelectual, ideológico o político de los Estados “modernos”.

Tuvieron así los textos constitucionales “una función programática”, utópica y ritual de que carecen en sus lugares de origen y que se enlaza “bárbaramente” con la seguridad nacional, las instituciones vernáculas y políticas realistas”.¹⁰

Así comprendida, la objeción adquiere su verdadera ubicación y su real sentido. El pretendido desajuste con la realidad, el invocado lirismo de los constituyentes, no fue una omisión o un error impensado, sino la consecuencia, buscada y requerida, de la voluntad de imponer un sistema normativo que representaba el esquema jurídico de una ideología política. Se produjo, en consecuencia, un frecuente conflicto, usando la expresión de Héller, entre normalidad y normatividad, porque en cierta forma y en determinadas materias reguladas por la Constitución. No se estaba creando derecho válido, sino sólo un plan de derecho para el futuro. Con este punto de vista se comprende y se valora en forma adecuada la Constitución Federal de 1824. Lo único que podría hacerse era elaborar una Constitución que significara un símbolo, querido y respetado, que fuera, lentamente, acostumbrando al país a vivir sometido a una organización constitucional, acompañado y encauzando un proceso de madurez política y de progreso económico y social.

Unas repúblicas recientemente constituidas, con escasa población, de

¹⁰ Marco Palacios (Compilador): *La Unidad nacional en América Latina. Del regionalismo a la nacionalidad*. Colegio de México. México. 1983.

conflicto permanente, no podía aspirar a la tranquilidad derivada del funcionamiento normal de las instituciones, por el sólo hecho de que se sancionara una Constitución. Por ello, durante años, mientras la República realizó su duro aprendizaje cívico, la Constitución fue sólo una superestructura, por debajo de la cual el caudillismo, la fuerza y la violencia eran los verdaderos poderes del gobierno.¹¹

Pero la Constitución de Federal creó un orden jurídico, fundado en algunos principios en que aún hoy se asienta nuestro sistema, y sus normas básicas –contempladas casi siempre como un ideal y un objetivo necesario– ejercieron una constante docencia cívica, influyendo el proceso, lento y difícil, de perfeccionamiento cívico y político de la República.

Las ideas que actúan para hacer posible la Constitución Federal de 1824 son ideas liberales, ya que se consigna en la Constitución: el principio de la separación de los poderes. La influencia de Montesquieu, es determinante.¹² El artículo 55 de dicha Constitución establece: “El poder legislativo de la Federación reside en un Congreso compuesto de representantes popularmente elegidos, en razón de uno por cada treinta mil habitantes”. Y, el artículo 89 dice: “Habrá un senado compuesto de miembros elegidos popularmente en razón de dos por cada Estado”. El Derecho de iniciativa correspondía al congreso y a las secretarías del ejecutivo (art 71), y el de sanción al senado (art. 77), pero las resoluciones vetadas por éste, cuando el congreso las ratificaba por dos terceras o tres cuartas partes, según el carácter del proyecto en cuestión, obligaban a la sanción del senado (artículo 81 y 82).

Al congreso le correspondían, fuera de la Facultad de legislar (Art. 69): Hacer las leyes que mantiene la Federación, y aquellas en cuya general uniformidad tiene un interés directo y conocido cada uno de los Estados, fijar los gastos de la administración general, arreglar la administración de las rentas generales: velar sobre su inversión, y tomar cuenta de ellas al poder ejecutivo, calificar y reconocer la deuda nacional,

¹¹ Edelberto Torres Rivas: *Interpretación del desarrollo social centroamericano*. EDUCA. San José Costa Rica. quinta edición. 1977. Especialmente ver: La Anarquía, Pág. 37-46.

¹² “Se tomó a Montesquieu como maestro constructor de la Constitución Federal de Norte América. El gobierno federal se edificó sobre la teoría de los tres poderes y contrapesos, para impedir que minorías podían suplantar a otro. El Congreso contrarresta a cualquier presidente, éste al Congreso, y la Suprema Corte a ambos, al paso que el Senado es una Cámara Colegislativa con la de Diputados, con votos igual para todos los Estados”. Pedro Joaquín Chamorro Zelaya, *Historia de la Federación de la América Central (1823-1840)*, Madrid, ediciones, Cultura hispánica, 1951.

suministrar empréstitos a otras naciones.¹³ El Senado -escribió Manuel José Arce- es una autoridad que ha extirpado el dogma de la división de los poderes, porque reúne las tres”.¹⁴

Con respecto al poder ejecutivo, el artículo 106, estima que se “exercerá por un Presidente nombrado por el pueblo de todos los Estado de la Federación”. El papel del Ejecutivo, a quien se privó no sólo del derecho de sanción y veto, sino también y aún, del de objeción, se reducía, al cumplimiento de las leyes así formadas.

Decía el artículo 87: “El poder Ejecutivo, luego que recibía una resolución sancionada... debe, bajo la más estrecha responsabilidad, ordenar su cumplimiento: disponer entre quince días o lo necesario a su ejecución; y publicarla y circularla”. Este era el papel específico del presidente de la Federación.

Al ejecutivo también se le encomendaba la dirección de las Fuerzas Armadas, el mantenimiento del orden público y el derecho de hacer ciertos nombramientos, pero en todas estas facultades estaba sujeto, en mayor o menor grado, al congreso, la aprobación o la ratificación del Congreso (Art. 113 y 122). El Ejecutivo se hallaba del todo impotente para realizar ninguna de sus funciones, debido en parte a la excesiva de los gobiernos de los Estados y en parte a la forma absoluta de que la Constitución consignaba las garantías individuales.¹⁵ Ni el Congreso Federal ni las Asambleas de los Estados podrían contrariar las garantías individuales, pero sí ampliarlos y dar otras nuevas. A ninguna autoridad le estaba permitido nunca, ni por pretexto alguno, coartar la libertad de pensamiento, ni de palabra, la de escritura y la de imprenta. La restricción de la pena de muerte, solo para los delincuentes contra el orden público.¹⁶

¹³ Artículo 69, incisos 1, 6,10, 13. Antonio Esgueva: *Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua*, Tomo, I. Editorial “El Parlamento”, 1995. Pág. 204-205.

¹⁴ Memorias de la conducta pública ya administrativa de Manuel José Arce, durante el período de su presidencia. 2a edición, con notas del doctor Modesto Barrios. San Salvador. 1903. Pág. 71.

¹⁵ “En cuanto a su energía y vigor, el poder Ejecutivo debe de tener todas las facultades que hacen necesarias los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para el que es instituido. De otro modo habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno, no podrá existir la Constitución, es decir, no podrá haber ni religión, ni libertad, ni confederación Argentina. Juan Bautista Alberdi, *Las Bases*. Biblioteca, Argentina, Buenos Aires, 1915. Pág. 155 y 156.

¹⁶ Ver: José Dolores Gámez. *Historia de Nicaragua, Historia moderna de Nicaragua*, Banco de América, 1975. Pág. 289

El artículo 132, establece que “Habrá una Corte Suprema de Justicia que según disponga la ley, se compondrá de cinco a siete individuos: serán elegidos por el pueblo; se renovarán por tercios cada dos años y podrán siempre ser reelegidos”. “La Corte Suprema de Justicia –escribió Pedro Joaquín Chamorro Zelaya– venía a ser un tribunal mezcla de político y judicial. Contradecía ese dualismo su carácter de poder independientes, pues en lugar de limitarse a dudas sobre el tuyo y el mío en última instancia, debía entremeterse en la controversia de los Estados... pero ni siquiera supo aprovechar esta facultad, pues cuando comenzaron las diferencias políticas de los Estados, no se interpuso con su misión moderadora la suprema corte, ni intento evitar el choque.”¹⁷

Lo que parece indiscutible es que los hombres que inspiraron la constitución Federal, estaban en contacto con las nuevas corrientes del pensamiento, y defendían la libertad, la propiedad privada¹⁸ y libertad de comercio e industria¹⁹. Locke llegó a considerar a la propiedad como el derecho natural por excelencia perteneciente al individuo inseparable de la libertad²⁰.

¹⁷ Pedro Joaquín Chamorro Zelaya: *Historia de la Federación...* Pág. 72

¹⁸ En el artículo 2 de la Constitución se establece: “Es esencial al soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad”. En el artículo, 175, inciso 4, se lee: “Tomar la propiedad de ninguna persona ni turbarle en el libre uso de sus bienes, si no es en favor del público cuando lo exija una grave urgencia legalmente comprobada y garantizándose previamente la justa indemnización”. Alvarez Lejarza, E.: *Las constituciones de Nicaragua...* Pág. 332 y 356. En el nuevo orden creado por la revolución francesa, la propiedad y la libertad de comercio e industria, ocupa el primer lugar. En la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791 muestran que la Revolución hace de la propiedad uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, El artículo segundo menciona a la propiedad entre esos derechos. Y el famoso artículo 17 sacraliza la propiedad de un modo más explícito: “la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización”. En la Declaración de Derecho 1793, se añira matices al derecho de propiedad. El artículo 16 dice: “El derecho de propiedad es el que pertenece a todo ciudadano de disfrutar y disponer a su conveniencia de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su industria”. Muñoz Machado, comenta que “la propiedad no se preserva de un modo absoluto como había querido los revolucionarios del 89. Se pone ahora el acento en la propiedad que procede de las obras, del trabajo”. Servicio público. Pág. 46. Al parecer los Constituyentes centroamericanos, tomaron su inspiración para redactar este artículo en la Declaración de Derechos del Hombre y no en la Declaración de derechos de 1793. Véase también, Perez Estrada: *Breve historia de la tenencia de la tierra en Nicaragua*. Págs. 15-22.

¹⁹ En el artículo 175, inciso 7, se establece: “Conceder por tiempo ilimitado privilegios exclusivos a compañías de comercio o corporaciones industriales”. Y en la Sección Segunda, “De los ciudadano”, en el artículo 15, inciso 2, se lee: “Por cualquier invención útil y por el ejercicio de alguna ciencia, arte u oficio no establecidos aún en el país, o mejora notable de una industria conocida”. Alvarez Lejarza, E.: *Las constituciones de Nicaragua...* Pág. 333 y 356.

²⁰ Harold Laski.: *El liberalismo europeo*, F.C.E. México, Quinta reimpresión, 1977.

Lo que importa resaltar que el resultado final de este proceso constitucional fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado²¹ (principios de legalidad y de división de poderes; en el respecto de la propiedad; y finalmente el mantener orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía) y el ámbito privado, del mercado incipiente centroamericano. Al ser una copia casi total de la Constitución estadounidense, no existía un capítulo sobre los municipios.

Las Constituciones del siglo XIX

Similares términos e idénticos conceptos encontramos en la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826, que en su parte introductoria establece: “...Para dar la ley fundamental, que asegure la felicidad y prosperidad del Estado, que consiste en el perfecto goce de los derechos del hombre y del ciudadano, que son: la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad”. Sin embargo, en su artículo 36, se garantizaba la propiedad de las tierras comunales y la posesión de colonos y ejedatarios.²²

En el preámbulo de la Constitución del 12 de noviembre 1838 (Primera Constitución de Nicaragua como Estado Libre, Soberano e Independiente, una vez Fracasada la Federación), se eliminan los conceptos de libertad, seguridad e igualdad y solamente se hace mención a una mejor felicidad y prosperidad”.

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General Zelaya. Aunque las reformas liberales implementadas por Zelaya tenían una substanciación congruente con el medio y las necesidades, fueron contradictorias y frustradas, debido a que, si por una parte significaron un intento serio de modernizar el Estado²³ y

²¹ En el artículo 182, de la Constitución se establece que el Poder Ejecutivo, está a su cargo: 1. “Ejecutar la ley y cuidar el orden público; 3. Disponer de la fuerza armada del Estado y usar de ella para la defensa”. Alvarez Lejarza, E.: *Las constituciones de Nicaragua...*Pág. 358.

²² Velázquez Pereira, señala que “más tarde, la asamblea ordinaria del Estado de Nicaragua, en 1832, hizo énfasis en proteger el derecho de las comunidades sobre sus tierras y ejidos, estableciendo en el artículo I. “Es deber del Estado el promover la industria comunal rural”. Posteriormente, la Constitución de 1838 hizo pequeñas modificaciones al derecho de propiedad, trazando el marco jurídico para que dentro de él se regulara la distribución de terrenos ejidales. Sin embargo, estas disposiciones no tuvieron ningún efecto por la importancia nula que el ejido tenía en la economía nacional”. *La formación del Estado en Nicaragua*. Banco Central de Nicaragua. Managua, Nicaragua. 1992. Pág. 31.

²³ Velázquez Pereira indica que las nuevas tareas asignadas al Estado implicaron una alta dosis

el país, por el otro, no lograron establecer un orden político estable ni un progreso económico duradero²⁴, ni una administración pública independiente del poder Ejecutivo.

En el aspecto constitucional, con la promulgación de la “Libérrima” en 1893, se establecen los principios ideológicos del liberalismo y se inicia la transición hacia nuevas instituciones modernas. Entre otros cambios sustanciales, la nueva Constitución prohibió una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho de servir en la Asamblea Legislativa o como oficiales ejecutivos o jueces, prohibió los conventos y los monasterios, estableció la asamblea unicameral y negó a extranjeros el derecho de permanecer en el país después de hacer “reclamaciones” injustas. Abolió la pena de muerte, estableció la libertad de trabajo y de imprenta, de profesiones y de impuestos. Suprimió los monopolios, estableció el control de las rentas públicas, introdujo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, jurado para juicios civiles, la separación del Estado de la Iglesia, el registro civil de las personas y el no ir a prisión por deudas.²⁵ En el año de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, aún vigentes. A pesar de estas reformas importantes, Zelaya no separó el Gobierno de la Administración Pública.²⁶

de intervención en la economía. De ese modo el Estado se convirtió en un importante protagonista del desarrollo, y en un centro de las decisiones económicas. El llamado Estado liberal en Nicaragua surge en respuesta a las necesidades de expansión y dinamización de la agricultura cafetalera. Por lo tanto, la acción reguladora del Estado en ese periodo va a corresponder al desarrollo y a las necesidades del nuevo sector de la economía. Se observa entonces que por medio de esta intervención en la esfera económica, el nuevo Estado organizó los intereses de la burguesía cafetalera dando a su acción los contenidos siguientes: a) La creación de la infraestructura económica necesaria a la salida de la producción hacia los centros de ultramar. b) La organización del Sistema Monetario Nacional. c) La creación del Sistema Financiero Nacional (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados.

²⁴ E. Torres Rivas, señala que “podría decirse que la República Liberal corresponde a un modelo de desarrollo de una sociedad agroexportadora dirigida por una burguesía de claro perfil oligárquico”. *Interpretación del desarrollo social en Centroamérica*. San José, Costa Rica. 1972. Pág. 63.

²⁵ Alvarez Lejarza apunta en su *Ensayo Histórico de las Constituciones en Nicaragua*, que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y el estado de sitio. En el año de 1896, Zelaya realizó Reformas a la Constitución: suprimió el artículo 152, que establecía: “...el Presidente y los Secretarios de Estado podrán ser acusados por delitos oficiales, hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones”. También eliminó algunas leyes constitutivas: la de imprenta, la marcial, la de amparo y la electoral. En el año de 1905 promulgó otra Constitución. Lo más interesante de esta nueva Constitución fue el hecho de que el período presidencial sería de seis años y el presidente sería elegido por voto popular. No se mencionaba nada sobre la reelección, lo que denota que la reelección era posible, ya que la ley no lo prohibía.

²⁶ Santa María De Paredes afirma que “...podemos emplear desde luego como sinónimos los nom-

El general Zelaya, al ser causa de intranquilidad —tensiones en el interior del país y guerras en el exterior— en Centroamérica y al enfrentarse a los Estados Unidos por el canal cae del poder en 1909, y a partir de allí comienza a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

El periodo del protectorado norteamericano

Por medio del protectorado, que se instaura a partir de 1912, los conservadores logran mantenerse en el poder entre 1912 y 1928, „no porque existía un gobierno fuerte o una coalición política, sino porque se le tenía miedo a los Estados Unidos“.²⁷ Durante este período los norteamericanos crearon algunas instituciones como la Recaudación General de Aduanas (RGA), el Banco Nacional de Nicaragua y la Alta Comisión, cuya función era autorizar, fiscalizar y supervisar el presupuesto nacional.²⁸

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

El Estado Nicaragüense veinte años después de las reformas emprendidas por el gobierno liberal se caracterizaba por tener instituciones estatales intervenidas y desnacionalizadas, con una contracción del sector público y sin grandes inversiones en el servicio público.

bres Poder ejecutivo y Poder administrativo sin más aclaraciones, con solo advertir que la primera denominación se usa más en el lenguaje constitucional al marcar sus relaciones con los otros poderes, y la segunda en el lenguaje técnico de la vida administrativa”. *Curso de Derecho Administrativo*. Quinta edición. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1898. Págs. 138-143. POSADA, en cambio, sí establece la distinción entre gobierno y administración en 1897: “... no (hay que) confundir la *Administración con el Poder Ejecutivo ni con su fin*”. Por otra parte, adelanta una tercera función del Poder Ejecutivo, que sería la actividad preponderante del Estado desde mediados del siglo XX: “... la acción protectora —injerencia social— del Estado”. No obstante, denota confusión—desde el punto de vista de las concepciones actuales— al aclarar que “...el Poder Ejecutivo tiene *su aspecto administrativo*” Tratado de Derecho... Pág. 57.

²⁷ Walter Knut: El somocismo: *Del protectorado a la revolución*, en *Encuentros con la historia*. Primera edición, Universidad Centroamericana, 1995. Pág. 331.

²⁸ El Tratado Knox-Castrillo entre el departamento de Estado de los Estados Unidos y el gobierno de Nicaragua fue el instrumento que proporcionó el marco jurídico-político de la intervención norteamericana. En el artículo 4, el referido tratado establecía la creación de un organismo llamado *Collector General of Customs*, que se convertía en el recaudador de todos los ingresos fiscales del Estado, los cuales, una vez recolectados, eran transferidos a la segunda institución del sistema, que a su vez cumplía con otras tareas, es decir, el Banco Central.

A pesar de haber transcurrido varias décadas de expansión productiva y de estímulos modernizantes en la primera mitad del siglo XX, en Nicaragua aún no se logra del todo descomponer las estructuras sociales preexistentes al momento de la independencia; que se caracterizan por un orden semi-feudal.

El periodo de la familia Somoza y el frustrado intento de crear el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo

La expresión máxima de este sistema lo encontramos en el período de la dictadura de la familia Somoza. En lo político-administrativo esta época está marcada por un impulso centralizador que lleva ya en 1936, primer año de gobierno de Somoza García, a la supresión de la autonomía municipal y a la institución de alcaldes electos por Juntas Locales nombradas por el Ejecutivo.²⁹ En 1937, ya por Ley, el Ejecutivo asume el gobierno de las Juntas Locales y más adelante, en 1939, la Constitución Política ratifica la conversión, hecha diez años antes, de Managua en Ministerio de Estado, abole la autonomía municipal y establece que la administración de las entidades locales estaría a cargo de municipalidades nombradas por el Poder Ejecutivo.³⁰

²⁹ Aunque en los años setenta se da un intento de descentralización, impulsado por la Organización de los Estados Americanos, que recomendaba en un informe: “La actual división del territorio nicaragüense en departamentos y municipios no es muy apropiada para un intento serio de desarrollo regional. La gran disparidad de tamaño, topografía, población y su distribución, dotación de recursos naturales, comunicación y distancia de los centros principales y mercados, producción actual y potencial, niveles de desarrollo, etc., entre los distintos departamentos, dificultan la adaptación de los esfuerzos de desarrollo al actual marco político-administrativo. Para lograr el desarrollo, las regiones deberían tener cierto grado de armonía interna y un conjunto de condiciones que faciliten su integración y cohesión. Programa de *Descentralización y Desarrollo de la Región del Pacífico*. OEA. 1978. A finales de 1978, se desarrolló un “Programa de Descentralización y Desarrollo de la Región del Pacífico”, elaborada por técnicos de la OEA y del Ministerio de Economía y Comercio (MEIC). Pero como se conoce estos planes no se llevaron a la práctica ni tuvieron incidencia alguna. A. RODRIGUEZ GIL afirma que “el centralismo, que jugó un papel progresista en la consolidación de los Estados Nacionales y de las economías capitalistas, llega a Nicaragua muy tarde, a finales del siglo pasado (XIX), y con unos rasgos marcadamente oligárquicos que no le permiten cumplir con sus fines. Posteriormente la intervención norteamericana rompe el esquema de desarrollo autónomo del Estado y no es hasta los años 50-60, que éste conoce un mayor desarrollo y tecnificación, pero dentro del marco de una dictadura con gran peso unipersonal, que utiliza el aparato de Estado como instrumento de enriquecimiento de su grupo oligárquico y otorga gran prioridad al fortalecimiento y desarrollo y actuación de su eje central, la Guardia Nacional. Estas situaciones, unidas al desarrollo económico dependiente y la tutela ejercida por los Estados Unidos, impide el desarrollo de un Estado fuerte, pero no el desarrollo de un aparato altamente centralizado, con una presencia en el territorio fundamentalmente de carácter militar y represiva, lo que incide en la debilidad congénita de los gobiernos locales y su sumisión al caciquismo”. *Centralismo, municipio, regionalización y descentralización en Nicaragua*. Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 1991. Pág. 29.

³⁰ Sobre este aspecto, véase: Buitrago, E.: *El municipio en Nicaragua*. Managua, Nicaragua, 1987;

En la Constitución de 1939, en el Capítulo II, „De los deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo“, en su artículo 214, se establece que a „El presidente de la República están confiados el gobierno y la administración del Estado y el mando supremo de todas las fuerzas armadas de la nación“. Asimismo, de acuerdo al artículo 219, le corresponde al presidente de la República como suprema autoridad administrativa, „nombrar y separar libremente a los secretario y subsecretario de Estado y a los demás empleados del Ejecutivo“ (inc. 4); „Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales, cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución y las leyes“ (inc. 4); „dirigir relaciones exteriores, nombrar agentes diplomáticos y cónsules de la República“ (inc. 6). En el artículo 312 de esta Constitución se declara la intención de „crear el servicio civil organizado con los funcionarios que no tengan carácter político“. Sin embargo, esta intención nunca se cumplió. Idénticos términos encontramos en la Constitución de 1948;³¹ en la de 1950;³² y en la de 1974.

Sin embargo, en esta última Constitución Política, se produjo un hecho nuevo: la posibilidad de la creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En los artículos 303 y 304, se contempla la estructuración de un „Tribunal de lo Contencioso Administrativo“, adscrito al Poder Judicial.³³

En el Título XII llamado Poder Judicial, Capítulo único, de la Constitución de 1974, que trataba de la organización y atribuciones de este Poder, es donde se encuentran las normas que regulan al Contencioso-Administrativo al menos en esa época:

El arto. 303 decía: „Habrá un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en la capital de la República, que conocerá de los asuntos y en la forma que determine la Ley. Se compondrá de cinco Magistrados con sus respectivos suplentes, electos por el Congreso Nacional en Cámaras

³¹ Artículos 177, 182 incisos 4 y 5.

³² Artículos 190, 195 incisos 4 y 5.

³³ Cairo Manuel López, sobre este particular comenta: “La mera declaración constitucional en sí supone un paso adelante y un verdadero avance en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, como muchas de las declaraciones programáticas que encierran las constituciones políticas, éstas no son efectivas y reales sino hasta que son desarrolladas por una Ley ordinaria que las concretiza y las hace efectivas. Lo deseable es que una ley de esa naturaleza se dictara lo más pronto posible. *Concepto y Naturaleza del Procedimiento Administrativo*. Revista Encuentro. Número. Pág. 28.

Unidas, de los cuales dos pertenecerán al Partido que hubiere obtenido el segundo lugar en las últimas elecciones de Autoridades Supremas. El Magistrado primeramente electo será el Presidente de dicho Tribunal. La Ley podrá, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, crear otros órganos de la Contencioso–Administrativo“.

Por su parte el arto 304 decía: “Contra las resoluciones del Tribunal de la Contencioso–Administrativo se podrá recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, en los casos que determine la Ley”.

En los artículos 284, 288, 290 y 305 del mismo cuerpo legal se desarrollaron otros aspectos de lo Contencioso–Administrativo. A pesar de dedicársele todos estos artículos el Tribunal de lo Contencioso–Administrativo nunca se llegó a organizar, ni se dictó la ley para su funcionamiento.

El Marco constitucional del Derecho Administrativo en la Constitución de 1987

El derrocamiento de Anastasio Somoza el 19 de julio de 1979 fue recibido con entusiasmo. En esa fecha se instala la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, quien ejerció las funciones de Poder Ejecutivo y Legislativo, a la vez, entre los años de 1979 y 1984.

El 20 de julio la Junta promulga el Estatuto fundamental de la República de Nicaragua,³⁴ por el cuál se deroga la Constitución Política de 1974 y las leyes constitutivas (Art. 3). Asimismo, el 21 de agosto de ese mismo año se promulga el Estatuto sobre derechos y garantías de los nicaragüenses, los cuales se clasificaban en: Derechos del pueblo, Derechos individuales, civiles y políticos, Derechos individuales, económicos, sociales y culturales. Estos Estatutos constituían el fundamento teórico sobre el que se irá desarrollando el nuevo régimen político.³⁵

³⁴ La Gaceta. 22 de Agosto de 1979. Los artículos 9, 10, 18 y 28 del Estatutos fueron reformados el 21 de febrero de 1984. A través de esta reforma se designan los nuevos Poderes del Estado: Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Supremo Electoral. El Consejo de Estado tenía la función de un Poder Legislativo, pero era compartida esta función con la Junta de Gobierno (Poder Ejecutivo).

³⁵ Esgueva, A.: *Conflicto y paz en Nicaragua*. Taller No. 7. Editorial UCA. 1998. Pág. 95-96. Véase también, En Busca de la democracia. BCN. Managua. Nicaragua. 1994. Págs. 447-448. Flavio Escorcia señala que en ninguno de estos textos “se hizo alusión alguna a las entidades municipales, no sabemos a que pudo haberse debido tal omisión; si a la falta de interés por el tema local o a un olvido involuntario producido por las tensiones del momento. Sin embargo, la primera ley sobre el régimen municipal, se dictó unos días después de haberse cumplido seis meses de la caída de So-

Sin embargo, la nota más característica de este período es que, ante la carencia de la más elemental infraestructura administrativa, y ante la falta de un plan de reforma administrativa, se dio una identificación política y administrativa del partido y del Estado,³⁶ que se manifestó en todo el territorio nacional y de forma marcada en las zonas rurales.³⁷

De esta forma, el Estado y la Administración pública fueron creciendo de una manera desordenada, no planificada, y a veces en direcciones contradictorias, lo que acentuó la competitividad, el feudalismo institucional, la duplicidades e incluso las contradicciones legales entre los organismos estatales.

El 9 de Enero de 1987, la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente, con la aprobación de la nueva Constitución Polí-

moza. Con esta ley se vinieron a formalizar las Juntas Municipales, las que de hecho se habían venido creando en cada una de las ciudades que iban siendo liberadas por el movimiento revolucionario durante la guerra". *Municipalidad y Autonomía en Nicaragua*. Editorial Universitaria. León, 1999. Págs. 83 y 84. Por medio del Decreto núm. 270, dictado el 31 de enero de 1980, se regulo lo referente al nuevo régimen local. El Art. 1 dispuso: "El gobierno de los Municipios estará a cargo de las Juntas Municipales de Reconstrucción, que serán electas mediante consulta popular con los fines y competencias que esta ley señala". La Gaceta. 5 de febrero de 1980. se regulo lo referente al nuevo régimen local. El Art. 1 dispuso: "El gobierno de los Municipios estará a cargo de las Juntas Municipales de Reconstrucción, que serán electas mediante consulta popular con los fines y competencias que esta ley señala". La Gaceta. 5 de febrero de 1980.

³⁶ Rodríguez Gil indica que el Vice-presidente de la República Sergio Ramírez Mercado, calificó este orden de cosas, como "feudalismo institucional", es decir un grado de descoordinación entre instituciones que en muchos casos actuaban de espaldas las unas de las otras, sino en abierta competencia por esferas de poder. Y más adelante escribe: Esta identificación fue especialmente grande en campo y en los sectores más alejados, donde los delegados del FSLN eran en muchas ocasiones la única presencia "institucional". Lo que unido a su prestigio y peso político, hacía que la población se dirigiera a ellos para asuntos tanto de naturaleza política como administrativa. Esta identificación continuó más allá de los primeros años y en general se vio reforzada por la guerra, que impuso una mayor unidad del Estado, el Ejército y el FSLN, a través de lo que se llamó "mando único", implantado a principios de 1985. Centralismo...Págs. 35 y 39.

³⁷ M. Bernaldes señala que "solamente fueron destruidos los máximos directivos o colaboradores del antiguo régimen en distintos niveles de la organización estatal sobreviviente; la mayoría del personal, por ejemplo en la banca, el aparato fiscal, la seguridad social, la educación y la salud, eran empleados del régimen anterior". La Revolución de Nicaragua. 1985. También Coraggio, al respecto indica, "un aspecto de la herencia somocista es el haber dejado como un punto de partida para la construcción del Estado revolucionario los restos de un estado atrasado, corrupto, con un escaso desarrollo de las instituciones y de los instrumentos que usualmente sustentan una política económica...las reformas que se hicieron al organigrama estatal no pudieron superar una característica crucial: su división en esferas de decisión no corresponde a los subsistemas de relaciones concretas que constituyen el funcionamiento de orgánicos de la economía. Las unidades ministeriales, base de ese organigrama, responden a prácticas estatales inspiradas en una tradición latinoamericana basada a su vez, en teorías política económica poco aptas para un proceso revolucionario. "Economía y política en la Transición", en *La transición difícil*. Editorial Vanguardia. Managua, Nicaragua, 1987.

tica, que fue promulgada de forma inmediata por el Presidente de la República.

Los preceptos constitucionales que hacen referencia a la administración pública se encuentran ubicados, en primer lugar, en el Capítulo III, artículo 144, que establece que „El poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado, Jefe de Gobierno, y Jefe Supremo de las Fuerzas de Defensa y Seguridad de la Nación“. El artículo 150 indica que dentro de las atribuciones del Presidente de la República estaban las siguientes: “Nombrar y remover a los Ministros y Viceministros del Estado, Ministros Delegados de la Presidencia, Presidente o Directores de entes autónomos y gubernamentales y demás funcionarios cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución y en las leyes”.

En esta Constitución, en su artículo 131, “se, establece la carrera administrativa que será regulada por la ley”. Sin embargo, la ley de Carrera Civil fue introducida una vez que el partido Frente Sandinista perdió las elecciones en 1990, en el periodo de transición entre el 25 de febrero y el 25 de abril. No obstante, el 10 de mayo de 1990 se suspendió la Ley de Servicio Civil, permitiendo el despido de trabajadores del sector público.

Las reformas constitucionales de 1996

A inicios de los años noventa, tras el triunfo electoral en 1990 de Doña Violeta Barrios de Chamorro se redactó un documento que era un acuerdo entre el Frente Sandinista de Liberación Nacional, FSLN y al Unión Nacional Opositora, UNO, sobre reformas Constitucionales. Aunque no fue aprobado tenía una serie de artículos referentes a *la constitución de un Tribunal Contencioso-Administrativo*. Fue un intento fallido de incorporar nuevamente esta materia en la Constitución de la República.

Es hasta julio de 1995 a través de la Ley No. 192 que entraron en vigencia las reformas de la Constitución de 1987, reformando 65 de los 202 artículos que la componían.

En el Título VIII de la Organización del Estado, Capítulo V del Poder Judicial, *se instituyo nuevamente el Contencioso-Administrativo pero ya no con la estructura de un Tribunal, sino como una Sala más de la Corte Suprema de Justicia*, esto se observa en su arto. 163 que estipu-

laba: “La Corte Suprema de Justicia estará integrada por doce Magistrados electos por la Asamblea Nacional. La Corte Suprema de Justicia se integrará en Salas, que estarán conformadas por un número no menor de tres Magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso–Administrativo, cuya organización e integración se acordará entre los mismos Magistrados”.

De acuerdo a este artículo se estableció como requisito numérico un mínimo de tres Magistrados por cada Sala, lo que no impedía que estas se integrarían por más de tres miembros como planteaba el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia sobre la División en Salas, (Acuerdo No. 125) de enero de 1996, que en su inciso segundo decía: “Cada una de las Salas estará integrada por seis Magistrados, quienes elegirán de entre sus miembros al Presidente de la misma por un período de un año y cuyas atribuciones se establecen en el Reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia”.

Cada uno de los doce Magistrados que formaban la Corte Suprema de Justicia, podían participar al mismo tiempo en dos y en algunos casos hasta en tres Salas diferentes, de acuerdo a sus respectivas especializaciones, inclinaciones o preferencias, para que conozcan de las materias propias de su competencia.

Como percibimos en la reforma constitucional no se señaló la necesidad de promulgar una Ley de lo Contencioso–Administrativo que normará la funcionalidad de la Jurisdicción Contenciosa–Administrativa en Nicaragua, que hasta hace muy poco era inexistente, lo que ocasionaba un gran vacío en la legislación Nicaragüense y un desamparo del ciudadano frente al actuar de la Administración Pública, que sólo podía defender sus derechos a través del Recurso de Amparo.

Este vacío legislativo se trató de llenar con la presentación de un Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de la República de Nicaragua por la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Nacional el veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y siete.³⁸ En este proyecto de ley, por razones de técnica legislativa se obvió el título primero.

³⁸ Este proyecto de ley según lo señalaba su exposición de motivos, fue el producto del trabajo de los Magistrados de la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la época, así como por un equipo internacional, coordinado por el Honorable Juez Charles Vacara de Texas Estados Unidos y

En su título segundo referente al Contencioso–Administrativo, capítulo II, titulado: “De los órganos de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa”, en su artículo 36 se señalaba que la Jurisdicción Contencioso–Administrativa se ejercería por los siguientes órganos:

a) La Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

b) Las Salas de lo Contencioso–Administrativo de los Tribunales de Apelaciones.

Se proponía ya una propuesta de estructura orgánica de lo Contencioso–Administrativo digna de discutir de ley a simple vista, sin embargo, nunca fue aprobado.

Junto a esta reforma constitucional y producto de la presión internacional y en un contexto de obligaciones y condiciones para el desembolso de la ayuda externa de los países cooperantes, las cuales deben ser cumplidas por nuestro Gobierno como garantía del buen uso de dichos fondos, se dictaminó el Proyecto de Ley de 1997, por una Comisión Técnica Asesora de la Comisión Dictaminadora de la Asamblea Nacional, creándose una especie de Proyecto dictaminador denominado Proyecto de lo Contencioso–Administrativo, con fecha de 16 de Marzo del año 2000, que en realidad era el dictamen del proyecto de ley de 1997, para su aprobación en la Asamblea Nacional.

Dicho dictamen estableció la misma estructura orgánica del proyecto de ley de 1997, pero localizó el conocimiento y la resolución del fondo del asunto en las Salas de lo Contencioso–Administrativo que se crearían en los Tribunales de Apelaciones, convirtiendo a la Corte Suprema de Justicia en una Segunda instancia o especie de Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso–Administrativo, es decir que el Recurso Contencioso–Administrativo pasó a ser un juicio o proceso de doble instancia según el arto. 48 de dicho dictamen.

La Comisión Dictaminadora aprobó dicho dictamen, pasando al plenario del Poder Legislativo, aprobándose el día 18 de Mayo del año 2000,

el Honorable Magistrado Jorge Rodríguez Zapata del Tribunal Supremo Español y por un equipo de juristas nacionales integrado por los Doctores Orlando Barreto Arguello, Cairo Manuel López Sánchez, Rodolfo Emilio Fiarlos Pinel, Ramiro Guevara Ríos y Elmira Castro Galeano.

publicándose como Ley No. 350 (Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso–Administrativo) la cual según su arto. 19 mantuvo la misma estructura física del proyecto de ley de 1997, pero con el funcionamiento propuesto en el dictamen del año 2000, según su arto. 49 (de la ley No. 350), con la gran novedad de utilizar a los Juzgados de Distrito y Locales de todo el país como uno de los órganos receptores de la demanda Contencioso–Administrativa (arto. 25 de la Ley No. 350).

Recurso de Inconstitucionalidad en contra de la ley 350

El dieciocho de junio del año dos mil uno, José Antonio Bolaños Tercero, presentó ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, un recurso de inconstitucionalidad, contra de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso–Administrativo.

El recurrente, expresaba en su recurso, que el artículo 119 de la ley, en su párrafo segundo viola la Constitución Política de Nicaragua, al establecer como causal de destitución de los Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Supremo Tribunal, por la Asamblea Nacional, el no fallar en el plazo fijado por dicha ley, asumiendo dicho órgano legislativo facultades de juzgar y ejecutar lo juzgado, que son propias del Poder Judicial de conformidad con los Arts. 158 y 159 de nuestra Constitución Política, constituyéndose la Asamblea Nacional en un Tribunal de Justicia, invadiendo el ámbito de competencia del Poder Judicial, contradiciendo los Arts. 34 numerales 3), 4) y 9), 129, 158, 19 y 130, todos de la Constitución Política.

José Antonio Bolaños Tercero, asimismo señaló que la Ley 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, le ocasionaba los siguientes perjuicios: a) como usuario de la administración de justicia, al pretender ser destituidos los Magistrados, y que como ciudadano tenía derecho de salvaguardar y proteger; b) Que como ciudadano tiene la obligación de respetar y hacer que sean respetados los Poderes del Estado, convirtiéndose el Art. 119 de la Ley 350 en un desequilibrio entre los Poderes del Estado, debilitando las instituciones de un Estado Democrático y de Derecho, en que se debe respetar y tutelar los Derechos Humanos; c) El desorden que dicha ley quiere imponer entre los propios administradores de justicia, ya que por cualquier denuncia podrían ser destituidos de sus cargos, lo que violenta el Art. 160 2 Cn. al establecer un procedimiento anómalo y arbitrario. Que por todas las razones

expuestas, consideraba que el Art. 119 párrafo segundo de la Ley 350, violaba los artículos 34 numerales 3) 4) y 9) , 129, 158, 159 y 130, todos de la Constitución Política, por lo que comparecía en su propio carácter y como ciudadano a entablar Recurso de Inconstitucionalidad en contra del Art. 119 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dirigía su recurso en contra del Doctor Arnoldo Alemán Lacayo, mayor de edad, casado, Abogado y Notario Público, en su calidad de Presidente de la República de Nicaragua, por haber sancionado dicha ley. Asimismo, dirigía su recurso en contra de Don Oscar Moncada Reyes, mayor de edad, casado, Administrador de Empresa, del domicilio de Masatepe, en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional.

José Antonio Bolaños Tercero, también expresaba en su recurso de inconstitucionalidad, que la Constitución de Nicaragua garantiza la inamovilidad de los Magistrados y que la Asamblea Nacional sólo tiene la facultad para elegir a dichos Magistrados, admitirles su renuncia, fundadas en causas legales debidamente comprobadas y desaforarlos, para someterse a los Tribunales de Justicia, pero que ningún precepto constitucional autoriza destituirlos. Que la Asamblea Nacional se desvió de su esfera de acción que le marca la Constitución Política, que solamente tiene la facultad de desaforar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, similar a la formación de causa, que es la pérdida de inmunidad en virtud de una acusación o denuncia. Pidió se le diera el curso de ley, al presente Recurso de Inconstitucionalidad, y que se declarara la inaplicabilidad del Art. 119, segundo párrafo de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Asimismo, se tuvo como parte a la Procuraduría General de Justicia, a la que se le ordenó notificarle dicha providencia y darle copia del presente Recurso de Inconstitucionalidad.

Mediante escrito de las once y cincuenta minutos de la 3 mañana del veintisiete de julio del año dos mil uno, compareció ante la Corte Suprema de Justicia, la Licenciada Delia Mercedes Rosales Sandoval, en su carácter de Procuradora Administrativa y Constitucional por delegación del Procurador General de Justicia. Por escrito presentado por el doctor Oscar Tenorio Hernández a las once y cuarenta minutos de la mañana del seis de agosto del año dos mil, rindió informe el doctor Arnoldo Alemán Lacayo, en su carácter de Presidente de la República de Nicaragua, quien expuso en síntesis: Que la parte final del Art.

119 de la Ley 350, instituye una norma característica del derecho administrativo sancionador, similar a muchas otras que se encuentran diseminadas en distintos cuerpos jurídicos, cuya finalidad es evitar la retardación de justicia y salvaguardar los derechos del ciudadano. No existía violación constitucional, ya que el artículo en referencia establece una causal de destitución y encomienda la aplicación de una sanción administrativa a la Asamblea Nacional. Que dicha disposición constituía por ley, una causa autónoma para la remoción de aquellos Magistrados que incurran en retardación de justicia y que el procedimiento para la aplicación de esta disposición no queda al arbitrio de la Asamblea Nacional, sino que dispone que ésta determinará el procedimiento para aplicarlo, y que la misma de conformidad con los Arts. 138 numerales 7) y 24) Cn. establece que es el Poder del Estado facultado para nombrar y juzgar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El doctor Arnoldo Alemán pidió a la Corte Suprema de Justicia que fuera desestimado y rechazado el Recurso de Inconstitucionalidad.

Por escrito presentado por el doctor Oriel Soto Cuadra, a las dos y cuarentinueve minutos de la tarde del trece de agosto del año dos mil uno, rindió informe el Licenciado Oscar Moncada Reyes, en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional, expresando: Que el párrafo segundo del artículo 119 de la Ley 350 no contravenía en modo alguno las disposiciones constitucionales mencionadas por el recurrente, ya que el caso contemplado en dicha disposición no era un asunto judicial cuya competencia fuera arrogada por la Asamblea Nacional, sino una atribución que el constituyente asignó al Poder Legislativo, como es la resolver sobre la destitución de los funcionarios que dicha Institución nombra, de conformidad con el Art. 138 numeral 11 Cn., por lo que no se contravienen los Arts. 34 numerales 3), 4), 9), 129, 130, 158, 159, y 160 de la Constitución Política.

Sentencia Número 40, declarando inconstitucional, parcialmente la ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Número 40, y de conformidad con los considerandos hechos y artículos 424, 426 y 436 Pr. y artos. 6, 17, 18 y 19 de la Ley de Amparo, los suscritos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Número 40, resolvieron “**HA LUGAR AL**

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD, interpuesto por **JOSE ANTONIO BOLAÑOS TERCERO**, mayor de edad, casado, Abogado y Notario, del domicilio de Granada, en su carácter de ciudadano, en contra del Art. 119, párrafo segundo de la Ley No. 350 “Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo”, en consecuencia declárase la inaplicabilidad de dicha norma. II.- De oficio declarárase la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los Arts. 19 numeral 2), 25, 49, 130, 131, 132, 133, 136, así como la parte pertinente de los artículos en que se mencionare *“la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Apelaciones”*, 21 párrafo segundo, 33 párrafo primero, 42 párrafo primero, 117 párrafo primero, primera línea que dice *“La Sala respectiva del Tribunal de Apelaciones..”*, Arts. 2 numeral 18), 23 párrafos primero, segundo y tercero, 24, 43, Art. 54 párrafo primero, que dice: *“Contra la resolución que declare la inadmisibilidad de la demanda, cabrá Recurso de Apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia”*, Art. 62 párrafo primero, que dice: *“la Sala respectiva del Tribunal de primera instancia”*, Art. 65 párrafo primero, última línea, *“Del auto que se pronuncie sobre la suspensión, cabrá el recurso de apelación en efecto devolutivo”*, Art. 72 párrafo segundo, que dice: *“Contra la resolución cabrá el Recurso de Apelación en ambos efectos, que deberá interponerse en un plazo de tres días”*, Art. 96, 99 párrafo segundo, última línea *“Contra la resolución cabrá el Recurso de Apelación”*, 105, 106 párrafo primero y segundo, 107, 108, 109, 110 párrafo primero, 111 y 118.

La declaración de inconstitucionalidad parcial, ha tenido como consecuencia directa que la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ha quedado limitada, al conocimiento, de las impugnaciones, de Disposiciones de carácter general, ya que la misma ley establece, que puede ejercerse, directamente la acción ante ésta, sin necesidad de agotar, la vía administrativa, de igual forma, cuando se trate de la aplicación, de esas disposiciones cuando se fundamenten, en no ser conforme a derecho y en contra de los actos, de aplicación individual, de dichas disposiciones debiéndose entonces, agotar previamente la vía administrativa.

También, la Sala de lo Contencioso Administrativo, está facultada a conocer, directamente, los procedimientos especiales, establecidos en el

artículo 120 y siguientes, en los cuales se regula, el modo de proceder, en los asuntos, del Gobierno Central, las Regiones Autónomas, y los Municipios.

Finalmente y producto de la sentencia de inconstitucionalidad a la que ha sido sometida la ley no. 350 específicamente sobre la estructura orgánica que aprobó, se ha presentado ya en la Asamblea Nacional de Nicaragua, un proyecto de reforma a la Ley No. 350 de parte de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, que pretende mantener como único órgano competente en esta materia a la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, permitiendo la presentación de las demandas o mejor dicho del recurso contencioso–administrativo en las Salas de lo Civil de los diferentes Tribunales de Apelaciones del país mientras que en Managua será la Sala de lo Laboral la encargada de recepcionarlos, suspenderán el acto administrativo si es necesario, para luego enviarlas a la Sala de la Corte Suprema que resolverá el fondo.

ÁMBITO Y OBJETO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE TRIBUNALES DE PLENA JURISDICCIÓN

Por Aurilivi Linares Martínez

1. Introducción

No ha pasado desapercibida en Venezuela la laudable evolución que ha experimentado la justicia administrativa, desde la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa en la Constitución de 1961, cuyo artículo 206 se repite casi textualmente en el contenido del artículo 259 de la Constitución de 1999. Lo cierto es que, de acuerdo con el marco constitucional, la acción judicial en lo contencioso administrativo viene legitimada en la garantía de tutela judicial efectiva, permitiendo el control jurisdiccional sobre todas las actuaciones, positivas o negativas, de la Administración, así como el restablecimiento de las situaciones jurídico-subjetivas lesionadas. Ello implicó un cambio de concepción en relación con el fundamento y fin del contencioso administrativo, transformando aquel proceso objetivo de control de la legalidad en un proceso subjetivo de tutela de derechos (Moles 1993, págs. 15 y ss.; Brewer 1993, pág. 129 y ss.; Canova 1998, págs. 3 y ss., entre otros). De allí que sea incuestionable, en este momento, el reconocimiento y aceptación del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso administrativo venezolano,¹ pues hace mucho tiempo ya desde

¹ Nos remitimos en este sentido a nuestro estudio Linares M. (2007, págs. 1385 y ss.).

que se entendió la plenitud del control que sobre las actuaciones de la Administración ejerce el juez contencioso administrativo.²

El esfuerzo de la jurisprudencia progresiva ha sido la clave para avanzar hacia esa subjetivización de la justicia administrativa (Brewer 2004a, págs. 340-341). En efecto, las bases de nuestra jurisdicción contencioso administrativa son consecuencia de una loable jurisprudencia que fue elaborando, durante décadas, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. La ampliación del ámbito y objeto del control universal de la jurisdicción contencioso administrativo es, hoy por hoy, resultado de esa labor, así como también lo es el desarrollo de diversos aspectos del proceso administrativo.³ De esta manera, la jurisprudencia viene atendiendo los desfases de una legislación transitoria⁴ que, pese a los cánones constitucionales que enmarcan el contencioso administrativo venezolano y exigen la observancia del principio de universalidad de la tutela jurisdiccional y el derecho a la tutela judicial efectiva, mantiene vestigios del carácter objetivo y del carácter revisor del contencioso administrativo, y consagra un sistema cerrado de medios contencioso administrativos, tasado según la materia objeto de impugnación, que a su vez genera un tipo de fallo con alcance y contenido específico. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Ley de 1976) coadyuvó a consolidar este sistema de recursos contencioso administrativos, el cual ha venido a reiterar, recientemente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Ley de 2004).

Cabe reconocer, sin embargo, que nuestros jueces no siempre han estado a la altura de las circunstancias. Así, los adelantos jurisprudencia-

² Téngase en cuenta que la tutela subjetiva incluye, aunque circunscrita a la salvaguarda de su función, el control del sometimiento de la Administración a Derecho, de manera que la función de tutela judicial no impide que la jurisdicción contencioso administrativa sirva al mismo tiempo, aunque en forma mediata, a la defensa de la legalidad objetiva. Esa es la doctrina expuesta por Barnés (1993, pág. 143) al analizar el tema de la tutela judicial efectiva desde la óptica del Derecho alemán.

³ Baste ver las innumerables sentencias que en materia contencioso administrativa se dictaron a lo largo de varias décadas. Para consultar las sentencias más destacadas, véanse Ortiz (1995, *in totum*), Brewer y Ortiz (1996, *in totum*).

⁴ La transitoriedad en el orden de la justicia administrativa venezolana se inició con la Constitución de 1961, cuyo artículo 206 consagraba la jurisdicción contencioso administrativa y preveía la sanción de una ley que la regularía. Esta situación se ha mantenido inalterable durante 48 años, en virtud de la incuria del legislador de sancionar la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Actualmente, es la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia la que, con carácter transitorio, regula esa jurisdicción.

les que han venido configurando un contencioso administrativo excesivamente pretoriano, con las consecuencias negativas que ello conlleva, contrastan con esos reductos que todavía quedan en la legislación, e incluso en diversas decisiones judiciales, de los dogmas tradicionales heredados de un modelo contencioso francés que es ajeno a las raíces históricas de nuestra justicia administrativa.⁵ Es por ello que la evolución de un contencioso objetivo a un contencioso subjetivo, que ha llevado al reconocimiento de amplios poderes al juez contencioso administrativo, se estima no sólo parcial, sino además centrada en aspectos procesales puntuales, sin que se haya visto todavía reflejada esa subjetivización en la estructuración del proceso según la naturaleza y requerimientos de la pretensión procesal.⁶ Para la transformación del sistema de recursos contencioso administrativos, la legislación y la jurisprudencia se han decantado, en todo caso, por la ampliación de los medios procesales, incorporando nuevos recursos que no se concibieron en los inicios de la justicia administrativa venezolana, como consecuencia del afianzamiento del principio de universalidad del control judicial y la mutación de la función objetiva de tales recursos, en cuanto medios de impugnación de actos administrativos ante el juez, hacia su función subjetiva (Urosa 2006, pág. 403).

Sin embargo, con el apoyo en nociones del Derecho procesal y en la pretensión como objeto del proceso administrativo (González 2001, págs. 70 y ss.), la doctrina venezolana ha ido desmontando ese sistema cerrado de recursos contencioso administrativos. En este sentido, se ha señalado la conveniencia de abandonar definitivamente la correlación entre objeto impugnado y medio procesal de impugnación, y optar, a modo de *lege ferenda*, por un proceso administrativo ordinario respecto de la generalidad de las pretensiones y ciertos procedimientos especiales para tramitar determinadas pretensiones, cuya naturaleza amerite un tratamiento diferenciado; o bien un solo cauce procesal abierto a todas las pretensiones procesales administrativas deducibles a través de la acción (Badell 2006, pág. 22; Hernández 2006, págs. 121 y ss.; Urosa 2004,

⁵ La doctrina venezolana ha insistido reiteradamente en la necesaria erradicación de los dogmas tradicionales de la justicia administrativa. Véanse, entre otros, Canova (2006, págs. 187 y ss.); Turuhpial (1998, págs. 259 y ss.); y Hernández-Mendible (1997, págs. 47 y ss.). En la doctrina española, véanse Fernández (1976, págs. 728 y ss.); y Santamaría (1974, págs. 126 y ss.).

⁶ El concepto de pretensión procesal resulta perfectamente trasladable a lo contencioso administrativo. En este sentido, véanse, en la doctrina venezolana, Araujo (1996, págs. 403 y ss.), Canova (1998, págs. 206 y ss.) y Urosa (2004, págs. 103 y ss.). En la doctrina española, véanse González (1953, págs. 77 y ss.) y García (1999, págs. 142 y ss.), entre otros.

págs. 103-128; Chavero 2003, pág. 2.344; Canova 1998, págs. 197 y ss.), incluso siguiendo la tendencia de la regulación de los procesos administrativos especiales en materia de función pública y electoral⁷ (Urosa 2006, págs. 408-409; Casal 1999, pág. 73). Además, se ha invocado últimamente, como fundamento para admitir “*un sistema abierto de pretensiones procesales administrativas deducibles a través de la acción*” (Hernández 2006, pág. 123), los criterios que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha venido estableciendo -con carácter vinculante- en decisiones en las que reconoce el poder que tienen los tribunales contencioso administrativos para proteger los intereses subjetivos lesionados por las actuaciones administrativas, y aceptar cualquier pretensión que se plantee contra los órganos del Poder Público en ejercicio de la función administrativa, de conformidad con el principio de universalidad del control jurisdiccional y el derecho a la tutela judicial efectiva, incluso frente a actuaciones administrativas respecto de las que no se prevén legalmente medios procesales especiales.⁸

A pesar de esta postura de la jurisprudencia constitucional, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa persisten aún en sus vacilaciones. Estos no han sabido extraer todas las virtualidades del texto constitucional en cuanto a la tutela judicial efectiva, deduciendo en sus fallos sólo algunas consecuencias de alcance restringido, incluso después de la promulgación de la Ley de 2004. Si bien se aprecia una predisposición en la jurisprudencia contencioso administrativa a reconocer la función subjetiva del proceso administrativo y, por ende, que todo tribunal tiene plena jurisdicción para restituir el orden jurídico perturbado y satisfacer los derechos e intereses lesionados, todavía no existe un criterio consolidado al respecto. Los vaivenes de la jurisprudencia, así como también el desfase entre los preceptos constitucionales aplicables a la justicia administrativa y la realidad de su regulación legal, ponen de manifiesto que, a pesar del momento de evolución del proceso administrativo en que nos encontramos, continúan apareciendo decisiones judiciales y normas legales que no suponen progreso alguno en el esfuerzo de hacer plena y efectiva la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, cuándo no suponen un retroceso.

⁷ Véanse los artículos 92 y siguientes de la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, que regulan el recurso contencioso administrativo funcional, y los artículos 235 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que regulan el recurso contencioso electoral.

⁸ Véase la sentencia de la Sala Constitucional de 1 de febrero de 2006 (caso: *Rafael N. Sáez Álvarez*).

Esta situación debe necesariamente ser revisada, a fin de cumplir las exigencias del principio de universalidad de la tutela judicial efectiva y avanzar definitivamente a la plena satisfacción de las demandas de justicia frente a una Administración que siempre se resiste a renunciar a sus prerrogativas y privilegios. De allí la importancia de analizar el tema del ámbito y objeto de la jurisdicción contencioso administrativa a la luz de la Ley de 2004, a fin de identificar, a partir de los principios constitucionales de la tutela judicial, las virtudes y deficiencias de la regulación actual de la justicia administrativa y de su aplicación, análisis que nos permitirá determinar qué aspectos han sido modificados, qué problemas han sido solucionados y cuáles aspectos quedan aún por resolverse para garantizar una efectiva tutela jurisdiccional.

2. LOS EFECTOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA⁹

Un análisis retrospectivo de la justicia administrativa en Venezuela evidencia que, desde sus inicios,¹⁰ la jurisdicción contencioso administrativa se ha establecido como un sistema judicialista, es decir, como uno más de los ámbitos propios de la función jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial, cuyo ejercicio está encomendado a órganos judiciales determinados y especializados por razón de los sujetos sometidos a control o por razón de la materia.¹¹ En este sentido, un asunto de particular relevancia es que, aun siendo parte del sistema judicial, la

⁹ Sobre la constitucionalización del contencioso administrativo en Venezuela, véase Brewer (1991, págs. 5 y ss.).

¹⁰ A pesar de que no hay un acuerdo pacífico en la doctrina científica sobre el origen del contencioso administrativo en Venezuela, parece bastante extendida la opinión de que éste se remonta a la Constitución de 1830, pues su surgimiento está íntimamente ligado a los propios orígenes de la República (Pellegriño 1999, pág. 369). En este sentido, se señala que si en la Constitución de 1830 surgió el contencioso administrativo de las demandas contra los entes públicos, específicamente contractuales, fue en la Constitución de 1925 cuando surgió el contencioso administrativo de anulación de actos administrativos, siendo la Constitución de 1947 la primera en emplear la expresión “*procedimiento contencioso administrativo*” (BREWER 1964, págs. 298-303).

¹¹ A diferencia del modelo francés, el contencioso administrativo en Venezuela no se construyó sobre la base de criterios de distinción entre jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa, por lo que siempre ha estado inserto dentro del Poder Judicial. Se trata en realidad de competencias especializadas, tradicionalmente conferidas a determinados tribunales, para controlar la legalidad y la legitimidad de las actuaciones de la Administración, y las relaciones jurídico-administrativas en las cuales ésta intervenga (BREWER 2004a, pág. 341). Con todo, la circunstancia de que se adoptase un sistema distinto, no impidió que se nos trasladasen las bases tradicionales de un contencioso francés que es ajeno a las raíces históricas de nuestra justicia administrativa.

justicia administrativa encuentre especial regulación en el artículo 259 de la Constitución de 1999.¹² Esta norma reproduce, casi textualmente, el contenido del artículo 206 de la Constitución de 1961,¹³ pero incluye la competencia de los tribunales contencioso administrativos para “*conocer de los reclamos por la prestación de los servicios públicos*”, lo que supone que además de los órganos del Poder Público que prestan servicios públicos de manera directa, también estarán sometidos al control jurisdiccional contencioso administrativo, los particulares que actuando como concesionarios, presten los servicios públicos nacionales, estatales, municipales o domiciliarios, así como aquellos particulares que sin ser concesionarios y que actúen en régimen de libre competencia, tienen que prestar obligaciones de servicio público. Otra importante innovación de la Constitución de 1999 ha sido la previsión expresa, en el artículo 26, del derecho de las personas a la tutela judicial efectiva, el cual debe aplicarse en el orden de la jurisdicción contencioso administrativa en concordancia con lo dispuesto en el citado artículo 259.

Ahora bien, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa está no sólo en la asignación de competencias especializadas a determinados órganos judiciales, sino, precisamente, en la consagración de principios fundamentales que informan la justicia administrativa venezolana. Por ello, esa constitucionalización debe verse, más que como un aspecto vinculado al principio de la separación de los poderes –con el cual obviamente lo está-, como un aspecto que atañe a la importancia de la legalidad como principio rector de un Estado que se proclama como Derecho y de Justicia (artículo

¹² El texto del referido artículo es el siguiente: “*La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales, contrarios a Derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en la responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”. Aparte de la jurisdicción contencioso administrativa, la Constitución de 1999 regula, en su artículo 297, a la jurisdicción contencioso electoral, atribuyendo su ejercicio a “*la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley*”, para el control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por los órganos del Poder Electoral.

¹³ La Constitución de 1961 estableció un sistema de jurisdicción contencioso administrativa vinculado a un conjunto de órganos pertenecientes al Poder Judicial (Brewer 1964, pág. 302; Calcaño 1995, págs. 12 y ss.; Rondón 2004, pág. 19), mediante la fijación de los lineamientos generales en cuanto a los tribunales que conforman la jurisdicción, sus competencias y los efectos de la declaratoria de ilegitimidad, aunque sin definir claramente los medios procesales a disposición de particulares para acceder a la justicia administrativa (UROSA 2006, pág. 393).

2 de la Constitución de 1999), y que como tal presupone la sujeción total y absoluta al Derecho de los actos estatales en todas sus manifestaciones, así como también la garantía de la efectiva tutela judicial de los mismos, y fundamentalmente de su Administración Pública, por contrariedad a derecho. De allí que es de imperativa observancia en el orden contencioso administrativo la función de garantía y satisfacción del derecho a la efectiva tutela judicial de los particulares frente a las actuaciones administrativas, función a través de la cual se consigue asimismo, y en consecuencia, el control de la legalidad administrativa como garantía de vigencia del Estado de Derecho.

Los principios que derivan como efectos inmediatos de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa, responden a esa función subjetiva o de tutela de derechos que, en el proceso administrativo, tiene primacía respecto de la función objetiva o de control de la legalidad (Barnés 1993, pág. 143). Es el caso del principio de universalidad de la tutela jurisdiccional, de un lado, y del principio de efectividad de la tutela judicial, de otro. Ambos principios, en cuanto garantías de la tutela judicial, tienen una importancia capital en la ampliación de los controles judiciales que se ejercen sobre la Administración, de manera que a partir de ellos es que puede determinarse cuáles aspectos del sistema actual contencioso administrativo requieren ser reformados a fin de alcanzar la plena efectividad que se exige de la tutela judicial frente a las actuaciones administrativas.

a) El principio de universalidad del control jurisdiccional¹⁴

Hace un tiempo ya GARCÍA DE ENTERRÍA (1962, pág. 204) había propugnado la progresiva eliminación de las inmunidades de la Administración diciendo: “*El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable*”. Sin duda, esta fue una sabia expresión del catedrático español de Derecho administrativo, que en nuestro Derecho público tiene asidero en el artículo 259 constitucional, en el sentido de que absolutamente todos los actos administrativos y, en general, todas las manifestaciones de la actividad –e inactividad- administrativa, están sujetas al control jurisdiccional, en la medida que sean susceptibles

¹⁴ La doctrina venezolana ha tratado en muchas ocasiones el tema de la universalidad del control contencioso administrativo. Principalmente, véanse Fariás (1971, págs. 325-339); Brewer (1991, págs. 5 y ss.); Brewer (1993, págs.14 y 21), Moles (1993, págs. 24 y 29), Araujo (1996, pág. 121). Más recientemente, véase Urosa (2003, págs. 89-93).

de lesionar la esfera jurídico-subjetiva de los particulares.¹⁵ Asimismo, se afirma este principio en cuanto a los motivos del control judicial y, en consecuencia, se entiende que toda contrariedad a derecho -sea por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad-, por parte de la Administración da lugar al control contencioso administrativo.

Cabe señalar, igualmente, que si la función subjetiva de la tutela judicial es la que actualmente informa al contencioso administrativo, el principio de universalidad de la tutela jurisdiccional no puede continuar analizándose únicamente desde las ópticas mencionadas, sino también desde la perspectiva de la pretensión procesal esgrimida, entendida ésta como objeto del proceso. De allí que deba hablarse de la prohibición de excluir de la efectiva justicia administrativa cualquier pretensión procesal dirigida a amparar las lesiones acaecidas en el seno de una relación jurídico-administrativa. Por consiguiente, se estiman incompatibles con el artículo 259 de la Constitución de 1999 las restricciones o limitaciones que supongan una exclusión, expresa o tácita, del control judicial respecto de cualquier pretensión procesal administrativa ante cualquier supuesto de actividad –o inactividad- de la Administración por contrariedad a derecho, bien se haga por vía de ley o bien por los propios fallos dictados por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.

b) El principio de efectividad de la tutela judicial

El artículo 259 de la Constitución de 1999 consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el orden contencioso administrativo, en los términos establecidos en el artículo 26 *eiusdem*, cuyo texto es el siguiente: “*Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente*”.

La aplicación de este derecho fundamental a la justicia administrativa es no sólo innegable, sino también inmediata, y su reconocimiento expreso en este ámbito¹⁶ ha dado un nuevo impulso al contencioso admi-

¹⁵ Sobre el tema de los actos o materias excluidas del control contencioso administrativo, se han pronunciado en nuestra doctrina Moles (1993, págs. 24 y 29), Brewer (1993, págs.14 y 21) y Farías (1971, págs. 325-339), entre otros. Véanse además, en la doctrina española, García de Enterría (1962, págs.159-205); Fernández (1980, págs. 343 y ss.) y García de Enterría (2000, págs. 231-233).

¹⁶ Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, el principio de tutela judicial efectiva surgió de la

nistrativo, pues éste no se concibe sólo como un proceso de protección a la legalidad objetiva, sino fundamentalmente como un proceso de tutela subjetiva de los derechos de los administrados frente a las actuaciones de la Administración. Así, la consagración expresa de la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso administrativo conlleva que *“todo particular tiene derecho a un eficaz restablecimiento de su situación jurídica frente a cualquier lesión sufrida a causa del actuar administrativo”* (Urosa 2003, pág. 95), y a partir del contenido de este derecho fundamental, la doctrina científica señala toda suerte de consecuencias constitucionales en cuanto al acceso a la justicia, la idoneidad del proceso y la efectividad de la sentencia, que claramente se desprenden de la redacción del artículo 26 de la Constitución de 1999.¹⁷

3. SITUACION ACTUAL DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA VENEZOLANA

A partir de la Constitución de 1961, la jurisdicción contencioso administrativa encontró un claro y expreso fundamento constitucional, cuyo artículo 206 se reprodujo en el artículo 259 de la Constitución de 1999, en el que se la define con una gran amplitud. Sin embargo, en mayo de 2004, se sancionó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual, y a pesar de las imperfecciones de sus Disposiciones Transitorias que han afectado la base legal fundamental de la organización de la jurisdicción contencioso administrativa,¹⁸ se han vuelto a regular los principios del proceso administrativo, siguiendo casi lite-

la interpretación extensiva de los artículos 68 y 206, y tal situación fue reconocida por distintas sentencias de la Sala Político Administrativa. Por ejemplo, en la sentencia de 14 de octubre de 1990 (caso: *Scholl Venezolana, C.A.*), la referida Sala, por vía del control difuso de la constitucionalidad, declaró la inconstitucionalidad del artículo 137 de la entonces Ley Orgánica de Aduanas que condicionaba el acceso a la jurisdicción al previo afianzamiento o constitución de una caución, requisito de admisibilidad conocido como *solve et repete*.

¹⁷ Estas consecuencias constitucionales coinciden plenamente con la clasificación aportada por González (1989, págs. 47 y ss.) en relación con los atributos que, a su vez, se erigen como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre la constitucionalización de la tutela judicial efectiva en Venezuela y los derechos que se desprenden de su contenido esencial, véase Hernández-Mendible (2007a, págs. 503-552) y Urosa (2003, págs. 93-99).

¹⁸ En la Ley de 2004 se regulan las competencias de la Sala Político Administrativa como cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa, pero las nuevas Disposiciones Transitorias no se refieren en absoluto a la organización y funcionamiento de los demás órganos de la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria. Tal imprevisión del Legislador fue solventada por la jurisprudencia, lo que no sólo representa una solución paradójica y delicada si partimos del criterio que la competencia es materia de reserva legal, sino además contraria a la seguridad jurídica de los justiciables (Torrealba 2005, págs. 509-511; Carrillo 2004, págs. III-XIV, entre

ralmente lo que establecía la Ley de 1976 en relación con las competencias, procesos y procedimientos, a la espera, una vez más, de contar con un instrumento idóneo de regulación definitiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

Son muchas las críticas que la doctrina viene señalando respecto de la Ley de 2004 (Brewer 2004b, págs. 2-3; Carrillo 2004, págs. VI-XIV; Rondón 2006, págs. XI-XVI, entre otros). Así, aparte de su evidente improvisación, incongruencia, carencia de sistematización y de técnica legislativa, se destaca el hecho de que la Ley de 2004 ha constituido un retroceso en el avance del control jurisdiccional de los órganos y entes públicos. Por ello, se afirma -con razón- que la nueva Ley “*lejos de resolver las lagunas que planteaba la Ley derogada, creó otras*” (Torrealba 2006, pág. 56), pues no incorporó a su regulación los criterios que, durante los últimos 25 años, había ido desarrollado la jurisprudencia sobre diversos aspectos del proceso administrativo, haciendo uso de una interpretación progresiva de los preceptos constitucionales en relación con la concepción subjetiva del contencioso administrativo como instrumento efectivo de tutela judicial de los derechos e intereses de los particulares frente a la Administración. Por consiguiente, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa se han visto en la necesidad de plantear nuevos reparos sobre ciertos temas que se creían superados, con el propósito de adaptar los términos de dicha legislación a las tendencias actuales de la justicia administrativa.

Ahora bien, en contraste con el sistema abierto de pretensiones procesales que, según los principios de universalidad del control jurisdiccional y el derecho a la tutela judicial efectiva, se propugna en el orden de la jurisdicción contencioso administrativa, la Ley de 2004 reedita el sistema de múltiples medios procesales que se había modelado en la Ley derogada, tasados individualmente en atención a la actuación administrativa que es “objeto de impugnación”. No obstante, ese esquema tradicional de “recursos” ha sufrido leves matizaciones en la nueva legislación.

otros). En este sentido, véanse las sentencias de 2 de septiembre de 2004 (caso: *Importadora Cordi, C.A.*), de 8 de septiembre de 2004 (caso: Alejandro Ortega Ortega), de 27 de octubre de 2004 (caso: *Marlon Rodríguez*), de 24 de noviembre de 2004 (caso: Tecno Servicios Yes Card, C.A.), de 26 de julio de 2006 (caso: *Edgar Eduardo Galavit Avella*), de 27 de julio de 2006 (caso: *Instituto Nacional de Aviación Civil*), de 21 de enero de 2009 (caso: *Ángel Gregorio Chirinos Caicedo*) y de 11 de marzo de 2009 (caso: *Igor Alfonso Crespo Pérez y otro*).

a) Innovaciones y limitaciones en cuanto a las pretensiones deducibles frente a actos administrativos

Dentro del esquema cerrado de recursos contencioso administrativos que, como dijimos ya, mantuvo la Ley de 2004, se observa la evidente primacía del llamado recurso de nulidad, el cual ha sido concebido como un medio procesal de impugnación cuyo objeto es el acto administrativo, lo que conlleva la exigencia de la presencia en juicio de un pronunciamiento previo de la Administración. Si hoy es innegable que el contencioso administrativo ha dejado de ser un proceso al acto, en lo que parece no haber acuerdo definitivo es en si el acto es materia de impugnación y si sigue siendo un presupuesto del proceso. Nótese, sin embargo, que la persistencia de estos vestigios del carácter objetivo y del carácter revisor del contencioso administrativo no tiene sentido alguno desde que el proceso administrativo no se limita sólo al control de la legalidad de un acto administrativo previo, sino que, por el contrario, es fundamentalmente un mecanismo de tutela de derechos e intereses subjetivos. Además, el juez contencioso administrativo tiene –o debe tener- plena jurisdicción para, cualquiera que fuese la pretensión que ante él se deduzca a causa de un acto o actuación administrativa, hacer los pronunciamientos que requiera a fin de restituir el orden jurídico perturbado y satisfacer los derechos e intereses lesionados.¹⁹

Esos vestigios de los obstáculos tradicionales, que han restringido la plenitud e idoneidad de la tutela judicial frente a los actos administrativos, persisten en la Ley de 2004, en la que también se incorporaron algunas modificaciones. En efecto, la nueva legislación (artículo 5.30 y 5.31) asume, bajo los criterios orgánico y funcional, una definición legal de acto administrativo que parece haber resuelto, definitivamente, el asunto sobre el alcance de la jurisdicción contencioso administrativa respecto de las pretensiones procesales administrativas deducidas

¹⁹ El juez contencioso administrativo cuenta con amplias facultades de sustitución declarativa y, en los términos de la sentencia, con facultades también de sustitución ejecutiva, pues posee plena jurisdicción en cuanto sus facultades exceden, con mucho, de la pura anulación de actos administrativos a fin de lograr el restablecimiento de la lesión jurídica de los administrados y la resolución de los conflictos intersubjetivos que puedan suscitarse entre éstos y la Administración. Sin embargo, el ejercicio práctico de esos poderes se ve afectado por la presencia de obstáculos que derivan, fundamentalmente, del dogma del carácter revisor del contencioso administrativo y del principio de separación de poderes. Sobre este tema, véase Hernández (2004, págs. 305-346).

frente a los actos administrativos dictados en ejercicio de funciones no administrativas, así como también en relación con los actos dictados por los demás órganos del Poder Público actuando en ejercicio de esa función.²⁰ Asimismo, se pone fin a la diatriba acerca del Derecho sustantivo aducido en la pretensión, que permitió la exclusión del control contencioso administrativo a ciertos actos por considerar que no estaban sujetos al Derecho administrativo.²¹

Tal definición legal permite, de igual forma, delimitar el ámbito de la jurisdicción constitucional y la contencioso administrativa, pues, en atención a la evolución en la materia y a la creación de la justicia constitucional en la Constitución de 1999, se ha propendido a abandonar en la Ley de 2004 cualquier intento por distinguir los llamados motivos de control a fin de precisar el ámbito de la justicia administrativa.²² Para la distinción entre justicia constitucional y la justicia administrativa se asume un criterio formal, pues, se atiende al rango del acto respecto del cual se esgrime la pretensión. Así, la justicia constitucional sólo conocerá de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución (v. gr. los actos de gobierno dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales²³) y que, formalmente, tengan rango de ley; al contrario, la justicia administrativa conocerá de los actos administrativos que, por definición, son de rango sublegal, con independencia del motivo -inconstitucionalidad o ilegalidad- que se invoque como fundamento de la pretensión esgrimida, teniendo en cuenta que el artículo 259 de la Constitución de 1999 atribuye compe-

²⁰ Los problemas de la definición de acto administrativo los explica Brewer (1984, págs. 25-78).

²¹ Esta tesis tiene su origen en un criterio asentado por la antigua Corte Federal en sentencia de 3 de diciembre de 1959 (caso: *Domingo Mucciarelli*), donde se interpretó erróneamente el texto del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1956. Como consecuencia de las confusiones que generaron las nociones de “acto administrativo” y “actos de la Administración”, se resolvió que únicamente las pretensiones fundadas en Derecho administrativo serían del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, dejando ver que algunos actos administrativos no estaban sujetos a normas de naturaleza administrativa. Al respecto, véase Pellegrino (1999, págs. 375 y ss.).

²² Este criterio de distinción fue superado a partir de la entrada en vigencia de la Ley de 1976, en la que la diferencia entre los recursos contencioso administrativos de anulación residía en los efectos, generales o particulares, del acto objeto de la pretensión de nulidad (Calcaño 1998, págs. 121 y ss.), y de las sentencias de la Sala Político Administrativa de 14 de septiembre de 1993 (caso: *Carlos Andrés Pérez*) y de la Corte en Pleno de 25 de enero de 1994 (caso: *Fiscal General de la República*), en las cuales se entendió que lo que delimita el ámbito de competencia de la jurisdicción constitucional y la contencioso administrativa es el rango legal o sublegal del acto cuya nulidad se solicita.

²³ Sobre la doctrina de los actos de gobierno en Venezuela, véase Brewer (1986, págs. 65-68).

tencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para declarar dicha nulidad “*por contrariedad al derecho*”.²⁴

Respecto del control jurisdiccional de los actos de autoridad²⁵ la Ley de 2004 no hace ninguna mención, pues la definición legal de acto administrativo “*no aplica a aquellos actos dictados por particulares –o en todo caso, por entes no estatales- que por Ley ejercen potestades públicas*” (Hernández 2006, pág. 127). Este silencio legal ha sido solventado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la cual reconoce que, también bajo el amparo de la nueva Ley, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el control de los actos de autoridad dictados por particulares,²⁶ en atención al pronunciamiento de la Sala Político Administrativa sobre la competencia para conocer de recursos contra actos emanados de universidades nacionales.²⁷

Como otra importante innovación de la Ley de 2004, puede decirse que el procedimiento para la pretensión de nulidad de actos administrativos se ha uniformado, siendo, básicamente, el mismo procedimiento se trate de la anulación de un acto administrativo de efectos generales, de un acto administrativo de efectos particulares o de un acto bilateral, esto es, un contrato público. Se elimina, por tanto, la distinción que establecía la Ley de 1976 entre actos administrativos de efectos generales y actos administrativos de efectos particulares como objeto de impugnación, para regular dos procedimientos distintos. Sin embargo, la referida distinción se mantiene en la Ley de 2004, pero queda reducida, en los términos de los artículos 20 y 21, párrafo 22, a la legitimación activa para la impugnación de los actos administrativos, así como el lapso de caducidad, la solicitud de antecedentes adminis-

²⁴ No obstante, la determinación del rango del acto o actuación dio lugar a confusiones antes de la entrada en vigencia de la Ley de 2004, razón por la cual se hicieron algunas precisiones en el artículo 5 de la nueva legislación en relación con el régimen de competencias de las distintas Salas que conforman el Tribunal Supremo de Justicia. Un caso paradigmático fue el de las sentencias contradictorias dictadas por la Sala Constitucional en materia de impugnación de Ordenanzas municipales. En este sentido, véanse las sentencias de la Sala Constitucional de 23 de noviembre de 2001 (caso: *Iván Darío Badell*), de 14 de febrero de 2002 (caso: *Comercializadora Agropecuaria el Cafeto C.A.*), de 14 de febrero de 2002 (caso: *Central Cafetalero Valle Verde C.A.*) y de 15 de mayo de 2002 (caso: *Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones*).

²⁵ Sobre el tema de los actos administrativos dictados por particulares, véase Chavero (1996, *in totum*).

²⁶ Véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 4 de noviembre de 2004 (caso: *Eduardo Eloy Rodríguez S.*).

²⁷ Véase la sentencia de la Sala Político Administrativa de 10 de agosto de 2004 (caso: *José Finol Quintero*).

trativos y la posibilidad de suspensión de los efectos de los actos impugnados.

Especial mención merece lo relativo a la legitimación procesal para impugnar actos de efectos particulares. Bajo la vigencia de la Ley de 1976, se exigía al recurrente un interés personal, legítimo y directo,²⁸ noción que fue delineada por la jurisprudencia, antes de la aprobación de la Constitución de 1999,²⁹ como la situación jurídico-subjetiva que deriva de la relación que se establece entre un sujeto de derecho y la Administración con ocasión de un acto administrativo, por ser dicho sujeto el destinatario del acto o por encontrarse en una especial situación de hecho frente a la conducta de la Administración, que hace que el ordenamiento jurídico proteja particularmente su interés en la legalidad de la actividad administrativa. Posteriormente, y antes de la entrada en vigencia de la Ley de 2004, la Sala Político Administrativa y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa habían flexibilizado las condiciones de legitimación que establecía la Ley de 1976, “interpretando progresivamente este concepto, hasta entender que el derecho a la tutela judicial efectiva lo que exige es un interés jurídico actual, término más amplio y omnicomprendivo que el del interés personal, legítimo y directo, pues incluye los intereses mediatos y los supraindividuales, como son el colectivo y difuso” (Urosa 2006, pág. 399).³⁰ Paradójicamente, la nueva Ley vuelve a exigir como título legitimador, sin tener en cuenta esos cambios, un interés personal, legítimo y directo, lo que deroga tácitamente los avances jurisprudenciales alcanzados y desperdicia la espera oportuna de dar a éstos una consagración legal expresa. Es por ello que la Sala Político Administrativa se ha visto en la necesidad de ratificar la vigencia del criterio amplio de interés, favorable, sin duda, al derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 26 constitucional, para proteger además del interés personal, legítimo y directo del recurrente, otras situaciones

²⁸ En relación con la impugnación de actos administrativos de efectos generales, la Ley de 2004 exige, en términos del artículo 21, párrafo 9º, un simple interés, que no es -sin embargo- una típica acción popular, como se derivó antes con la Ley de 1976. En este sentido, véase la sentencia de la Sala Político Administrativa de 12 de febrero de 1987 (caso: *Burgos Romero*), así como la crítica de Fariás (1982, págs. 5 y ss.) sobre la posible eliminación de la acción popular en el Derecho venezolano.

²⁹ Véanse las sentencias de la Sala Político Administrativa de 21 de septiembre de 2005 (caso: *José Julián Sifontes Boet*) y de 7 de diciembre de 2005 (caso: Guillermo Morena Alcalá).

³⁰ Véanse las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 25 de marzo de 1999 (caso: *Transporte Maquigas, S.R.L.*), y de la Sala Político Administrativa de 13 de abril de 2000 (caso: *Banco Fivenez, S.A.C.A*) y de 11 de mayo de 2000 (caso: *Colegio de Nutricionistas*).

jurídico-subjetivas que corresponden a una comunidad concreta o a la colectividad en general.

En cuanto a la suspensión de los efectos de los actos administrativos, se observa que si bien la Ley de 2004 realiza un reconocimiento expreso del poder cautelar general del juez contencioso administrativo (artículo 19, párrafo 11) y llena, de esta manera, el vacío normativo que existía en la Ley de 1976 en relación con las medidas cautelares más allá de la suspensión de los efectos del acto administrativo, estableció que, para que esta última medida pueda acordarse, el recurrente deberá constituir caución; lo que por razones económicas viene entonces a restringir el derecho de acceso a la justicia (BREWER 2004b, págs. 9 y ss.). La Ley derogada sólo establecía, en esta materia, la posibilidad de que el tribunal pudiera exigir potestativamente que el solicitante de la medida prestara caución suficiente para garantizar las resultados del juicio. Asimismo, a pesar de que la jurisprudencia había venido admitiendo la posibilidad de suspensión de los efectos, en casos excepcionales, de las leyes y los actos administrativos generales, nada se reguló sobre ello en la Ley de 2004, reduciendo la suspensión de efectos sólo respecto de los actos administrativos de efectos particulares.

Por otra parte, no resuelve dicha Ley el problema de las pretensiones administrativas ejercidas frente al silencio administrativo, especialmente cuando no existe acto expreso alguno, ya que al establecer la fijación del lapso de caducidad del recurso de nulidad contra actos de efectos particulares, precisó que ese lapso se comenzará a contar desde la configuración de la inactividad formal de la Administración, es decir, cuando ésta “...no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días continuos, contados a partir de la fecha de interposición del mismo...” (artículo 21, párrafo 21). La referida norma parte del artículo 134 de la Ley de 1976, pero su recepción en la Ley de 2004 no ha sido, sin embargo, exacta desde que el lapso de noventa días al cual aludía la Ley derogada se computaba, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), por días hábiles.³¹

³¹ En atención a la ausencia de claridad en la redacción de la norma, Hernández (2006, págs. 128-131) identifica tres problemas que la Ley de 2004 origina respecto del silencio administrativo y el carácter no imperativo del agotamiento de la vía administrativa. Véase también el tratamiento de este tema en BREWER (2004b, págs. 33 y 34).

b) Innovaciones y limitaciones en cuanto a las pretensiones deducibles por y contra los órganos y entes públicos, incluso si se trata de contratos públicos

El artículo 21 de la Ley de 2004 reprodujo, casi textualmente, la regulación de las demandas patrimoniales contenida en la Ley derogada (artículo 42.15), las cuales proceden ante cualquier pretensión de condena a causa de la responsabilidad patrimonial, contractual o extracontractual, que se plantee contra los entes públicos. En consecuencia, la nueva Ley materialmente estableció un fuero especial a favor de las personas jurídicas estatales, en el sentido de que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer, según la cuantía, tales demandas por responsabilidad patrimonial contra la República, los Estados y los Municipios y demás personas jurídicas estatales de Derecho público y de Derecho privado nacionales, con independencia de que la controversia que las origine tenga o no su causa en un contrato público.

Los cambios fundamentales que derivan de la Ley de 2004 atañen, esencialmente, al alcance de esa vía procesal y en los que la distinción entre contratos administrativos y no administrativos pierde relevancia como criterio delimitador de la competencia. En primer lugar, la nueva Ley, en su artículo 5.24, amplió el ámbito de la justicia administrativa a toda demanda contra la Administración, incluso de los entes político territoriales menores (Estados y Municipios). La Ley de 1976 establecía, en cambio, que sólo las demandas contra la República caían dentro de la competencia de los tribunales contencioso administrativos, pues las demandas contra Estados y Municipios se debían intentar ante los tribunales ordinarios, “*de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial*”, que eran competentes para conocer de ellas en primera instancia (artículo 183.2).

Dicha Ley también amplió el ámbito de la justicia administrativa a todo ente inserto en la Administración, sea de Derecho público o de Derecho privado, acogiendo de esta forma en su artículo 5.24 la interpretación que, bajo la vigencia de la Ley de 1976, permitió a la jurisprudencia incluir en el ámbito de la Administración Pública Descentralizada a entes distintos de los legalmente previstos (Institutos Autónomos y empresas del Estado). Sin embargo, la Ley de 2004 introdujo cambios, justamente, en relación con la determinación de los entes que queda-

rán incluidos dentro de este fuero especial, que atiende al control que sobre éstos ejercen los entes político-territoriales. En este sentido, la ambigüedad de las disposiciones de la Ley derogada que contenían la expresión “*empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva*” fue superada por la Ley de 2004, que emplea expresiones más acertadas, pues exige que el control de la República –o de los demás entes político-territoriales-³² sobre la empresa no sólo debe ser decisivo, sino además, “*permanente en cuanto a su dirección o administración se refiere*”, esto es, que debe tratarse de empresas en cuyo capital participe el Estado permanentemente y de manera decisiva, participación que debe reflejarse en su gestión.

En segundo lugar, la nueva Ley asumió, sin modificaciones sustanciales, el contenido del artículo 42.14 de la Ley de 1976, estableciendo un fuero especial para las pretensiones que se deduzcan sobre la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades (artículo 5.25 de la Ley de 2004). En la práctica, sin embargo, se observan cambios importantes en relación con el criterio que, bajo la vigencia de Ley de 1976, se seguía para determinar si correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las pretensiones deducidas respecto de los contratos celebrados por la Administración. Así que, a partir de la interpretación jurisprudencial de la Ley de 2004, el concepto de contrato administrativo, procesalmente, perdió relevancia, al entenderse que toda pretensión deducida contra la Administración con ocasión de los contratos por ella suscritos debía corresponder a la justicia administrativa, dado que lo relevante es la existencia de una relación jurídico-administrativa subyacente sometida al Derecho administrativo (TORREALBA 2005, págs. 509-511).³³

³² Tal y como ya lo ha aclarado la citada sentencia de la Sala Político Administrativa de 27 de octubre de 2004 (caso: *Marlon Rodríguez*).

³³ Esta interpretación de la jurisprudencia rompe con la dualidad de jurisdicción a la que estaban sometidos, tradicionalmente, los contratos celebrados por la Administración. No obstante, BREWER (2004b, págs. 45 y ss.) ha observado que, dentro del contexto de la nueva Ley, tal previsión carece de utilidad, pues en general, y como se indicó, cualquier demanda contra la República, los Estados y Municipios será conocida por la justicia administrativa, medie o no un contrato administrativo. Un aspecto que, en cierto modo, había sido ya resaltado por la jurisprudencia, al deslindar, bajo la derogada Ley de 1976, la diferencia entre la competencia referida a las demandas contra los entes públicos, y la competencia alusiva a los contratos administrativos. Véase la sentencia de la Sala Político Administrativa de 21 de enero de 1999 (caso: *C.A. Metro de Caracas*).

En tercer lugar, la pretensión de nulidad de los “*contratos, convenios o acuerdos celebrados por organismos públicos*” deducida por personas extrañas a la relación contractual, que afecten “*los intereses particulares o generales, legítimos, directos, colectivos o difusos de los ciudadanos*” será siempre conocida por la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 21, párrafo 2, de la Ley de 2004). Se trata de una pretensión constitutiva mediante la cual se solicita la extinción de un contrato previo, por motivos de constitucionalidad o legalidad, que sigue la tradición de la Ley de 1976 (artículo 111) en cuanto a la llamada acción del tercero contractual, que permitía a éste solicitar la nulidad de contratos celebrados por la Administración, siempre y cuando se invocara un interés legítimo, o cuando el recurrente fuese el Fiscal General de la República (Rondón 2001, págs. 137 y ss.). En la nueva Ley, en contraste, se exige una legitimación amplia, de acuerdo con la jurisprudencia del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa³⁴, que BREWER (2005, págs. 41-42) califica como “*una acción popular de nulidad que se puede ejercer contra contratos o convenios suscritos por la Administración, y no particularmente contra contratos administrativos*”. Se observa, por otra parte, que la Ley de 2004 no reguló lo relativo al procedimiento aplicable y demás aspectos procesales, omisión que la jurisprudencia ha ido corrigiendo mediante la aplicación a estos asuntos del procedimiento de las demandas contra los entes públicos que recoge el propio artículo 21.

Por último, y en cuarto lugar, las pretensiones deducidas por los entes públicos (República, Estados y Municipios) contra los particulares serán conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa. Esta competencia no se sustenta en ninguna disposición expresa de la Ley de 2004, lo que ha sido subsanado por la jurisprudencia, en atención al principio de unidad de competencia.³⁵ Ello supuso, empero, un cambio respecto de la regulación de la Ley de 1976, la cual reconocía la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas incoadas por la Administración contra particulares (artículo 183). Se trata, ciertamente, de una modificación que se sustenta en la concepción del contencioso administrativo como un sistema procesal articulado de pretensiones administrativas, y restaría sólo determinar en el futuro en qué

³⁴ Véanse los autos de 13 de octubre de 2004 (caso: Rosario Salazar) y de 10 de noviembre de 2004 (caso: Héctor Mata).

³⁵ Véase la sentencia de la Sala Político Administrativa de 8 de septiembre de 2004 (caso: Alejandro Ortega Ortega), precitada.

supuestos la Administración tiene legitimación para ejercer esas pretensiones.

c) Innovaciones y limitaciones en cuanto a las pretensiones de condena frente a la inactividad administrativa (recurso de abstención o carencia)

Se incluye en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa a las pretensiones de condena frente a ciertas manifestaciones de la inactividad de la Administración. Se trata del recurso de abstención o carencia que surgió en Venezuela, como resultado de una creación pretoriana que, a partir de 1984, encontró asidero legal en el artículo 42.23 de la Ley de 1976, el cual asignaba a la Sala Político Administrativa competencia para conocer “*de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas*”.³⁶ Sin embargo, este medio procesal administrativo no ha tenido, desde sus inicios, una regulación procedimental, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha establecido no sólo el procedimiento a seguir, sus requisitos de admisibilidad y demás aspectos procesales, sino, igualmente, el supuesto de inactividad administrativa frente a la que procede la pretensión procesal. En este sentido, se señala que puede demandarse la pretensión de condena frente a determinada forma de inactividad administrativa que consiste en el incumplimiento por parte de la Administración de una obligación específica de actuación.

Si de acuerdo con este criterio jurisprudencial restrictivo, cualquiera otra modalidad de inactividad quedaba fuera del ámbito de la norma de la Ley de 1976 y excluida, por ende, del control contencioso administrativo, el artículo 5.26 de la Ley de 2004 redujo aún más el ámbito de aplicación del recurso de abstención o carencia, agravando con ello las deficiencias de la tutela judicial frente a la inactividad administrativa. En efecto, la Ley de 2004 no sólo incurre en las mismas fallas en relación con la ausencia de regulación sobre los aspectos procesales, sino que, además, contempla restricciones en cuanto a los órganos respecto

³⁶ Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de diciembre de 1984 (caso: *Teresita Aguilera*), y de la Sala Político Administrativa de 28 de febrero de 1985 (caso: *Eusebio Igor Vizcaya Paz*), de 14 de febrero de 1996 (caso: *Héctor Antonio Díaz Vázquez*), y de 10 de abril de 2000 (caso: *Instituto Educativo Henry Clay*); así como también las opiniones que sobre el tema expresan UROSA (2003, in totum) y Carrillo (1996, in totum).

de los cuales podría conocerse tal recurso, por lo que la jurisprudencia ha tenido que precisar que corresponde también a la justicia administrativa el conocimiento de las inactividades que, incluidas en el artículo 5.26, sean imputables a otros órganos y entes públicos. Asimismo, en el supuesto de hecho material al cual se refiere la norma, la nueva Ley sustituyó el calificativo “*determinados actos*” de la legislación derogada, por “*específicos y concretos actos*”, siendo esta última referencia mucho más restringida que aquélla.

d) Innovaciones y limitaciones en cuanto a las pretensiones deducibles frente a vías de hecho

Constituye una verdadera novedad en la Ley de 2004 la previsión, dentro de las competencias de la Sala Político Administrativa (artículo 5.27), del control de las vías de hecho, aspecto que es fundamental en el orden de la universalidad del control jurisdiccional de la Administración (U ROSA 2006, pág. 400). El ámbito de esta competencia, que ya la jurisprudencia ha distribuido entre todos los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, no fue delimitado en la nueva legislación, particularmente en relación con el objeto de la acción de amparo constitucional. La Ley de 2004 tampoco reguló procedimiento alguno para tramitar las pretensiones de condena frente a las vías de hecho de la Administración, por lo que, ante la ausencia de un cauce procedimental preestablecido en la propia Ley, estas pretensiones deberán ser encauzadas, en la medida de lo posible, a través de la acción de amparo constitucional o a través de otro procedimiento que permita una tutela acorde con la urgencia propia de la vía de hecho, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de 2004, siendo las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de aplicación supletoria.³⁷ No obstante, mientras se determina qué procedimiento ha de seguirse para tramitar las reclamaciones contra las actuaciones administrativas que pueden catalogarse como vías de hecho, se mantiene el debate acerca de cuál es el cauce procesal más eficaz para otorgar en esos casos la correspondiente tutela judicial (Linares B. 2004, págs. 136-141).

En cuanto a la acción de amparo constitucional contra las vías de he-

³⁷ La doctrina científica sugiere, en atención a la urgencia de la vía de hecho que aconseja elegir un procedimiento expedito, optar por el procedimiento del juicio breve regulado en el Código de Procedimiento Civil, el cual cumple con todos los extremos de inmediatez. Este sentido, véase Hernández (2006, págs. 141-142).

cho, la Sala Constitucional ha propendido a la interpretación restrictiva de los cauces de procedencia de esta acción respecto de la preferencia de los medios de tutela ordinarios ante la justicia administrativa, aun cuando la idoneidad de éstos debe supeditarse a su aptitud para restablecer la situación jurídica lesionada con inmediatez³⁸ (Linares B. 1999, págs. 288 y ss.). Sin embargo, parece que la referida Sala no se percató de su error, pues nuestra legislación contencioso administrativa no prevé un procedimiento especial para tales supuestos; tampoco indicó cuál es la vía ordinaria, dentro del sistema tasado de recursos contencioso administrativos, que los particulares pueden utilizar para deducir sus pretensiones de condena contra la actuación material anti-jurídica de la Administración.³⁹

Sin duda, la falta de un proceso administrativo a través del cual se ventilen pretensiones contra las vías de hecho de la Administración, dificulta en demasía poder efectuar un análisis comparativo entre este proceso y el propio del amparo constitucional, y determinar, por ende, cuál de entre los dos procesos es el idóneo para procurar la tutela judicial inmediata de los derechos constitucionales conculcados (HERNÁNDEZ 2006, págs. 139-141). En todo caso, lo que ha hecho la Sala Constitucional ha sido reconocer que el juez contencioso administrativo tiene atribuciones para la tutela subjetiva de los derechos afectados por las vías de hecho, precisando que si no media una razón objetiva que demuestre la necesidad de procurar una tutela inmediata, la vía de amparo será improcedente; y en caso contrario, esto es, que se demuestre la perentoriedad de una tutela inmediata, la vía del amparo será admitida.

Finalmente, debemos destacar que lo procedente frente a las vías de hecho es la pretensión de condena que permita al particular afectado solicitar el cese de la vía de hecho o su no ejecución ante actuaciones inminentes; la reparación de las consecuencias dañinas derivadas de las vías de hecho y, también, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El objeto de la pretensión de condena es la vía de hecho consumada e incluso, la vía de hecho inminente, pues en tales casos, la

³⁸ Al respecto, véanse las sentencias de la Sala Constitucional de 23 de octubre de 2002 (caso: *Gisela Anderson y otros*) y de 19 de diciembre de 2003 (caso: *Freddy Galvis*), entre otras.

³⁹ No obstante, la Sala Constitucional ha admitido y estimado demandas de amparo constitucional intentadas contra las vías de hecho, como ocurre en las sentencias de 12 de marzo de 2003 (caso: *SAT VISION S.A*) y de 4 de noviembre de 2003 (caso: *Agropecuaria Doble R C.A.*), en las que se consideró que en el caso concreto la única vía idónea era el amparo constitucional.

proximidad de la vía de hecho justifica la tutela judicial del particular frente a la Administración potencialmente infractora.⁴⁰ Por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa debe disponer de los remedios procesales destinados a lograr el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por las actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica, así como mantener criterios amplios y compatibles con la tutela judicial efectiva que permitan el control de todos los supuestos de vías de hecho.

e) Innovaciones y limitaciones en cuanto a las pretensiones deducidas a través de los recursos de interpretación y de conflicto de autoridades

Otro de los procesos contencioso administrativo en Venezuela es el contencioso de interpretación. El artículo 42.24 de la Ley de 1976 otorgaba a la Sala Político Administrativa la competencia exclusiva para “conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley”. Así, en algunas leyes (v. gr. la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento, y la Ley de 1976) se contempló este medio procesal que daba cabida a una pretensión mero declarativa sobre la determinación del alcance e inteligencia de normas legales, siempre que, como fue precisando la jurisprudencia que desarrolló esta materia, la ley a interpretar expresamente previera esa posibilidad⁴¹ y que la interpretación requerida de la ley se refiera a su aplicación a un caso concreto.⁴² A diferencia de la Ley derogada, la Ley de 2004 reguló genéricamente, en el artículo 5.52, como competencia de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según su ámbito afín, la interpretación de aquellas leyes que expresamente lo permitan, acotando que tal medio procesal no puede sustituir al “*mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere*”; sin embargo, no reguló los aspectos procesales del llamado recurso de interpretación, omisión que ya existía en la Ley de 1976 y que debió ser solventada por vía jurisprudencial, en ausencia de regulación legislativa expresa. De ma-

⁴⁰ Véase el tratamiento dado a las actuaciones de hecho en Alemania, respecto de las cuales resulta procedente la prestación prestacional o de condena, en González-Varas (1993, págs. 220 y ss.).

⁴¹ Véanse las sentencias de la Sala Político Administrativa de 15 de marzo de 1990 (caso: *Ley Tutelar del Menor*) y 5 de agosto de 1992 (caso: *Alfredo Flores Valera*).

⁴² Véanse las sentencias de la Sala Político Administrativa de 27 de septiembre de 1984 (caso: *Juan María Galíndez*) y 17 de abril de 1986 (caso: *Dagoberto González A.*).

nera que han de entenderse aplicables los criterios de la jurisprudencia que han regido tradicionalmente este medio procesal, aun después de la entrada en vigor de la Ley de 2004, a fin de evitar la inoperancia del recurso de interpretación.

En cuanto a los llamados conflictos de autoridades, la Ley de 2004 distingue entre las “controversias constitucionales” que responden a una atribución establecida o derivada de la Constitución (artículo 5.15), y las “controversias administrativas” que, en cambio, responden a una atribución legal (artículo 5.32), especialmente entre órganos no contemplados en la Constitución de 1999. Siendo ello así, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa sólo el conocimiento de las “controversias administrativas”, así como también de “*las controversias que se susciten entre autoridades políticas o administrativas de una misma o diferentes jurisdicciones con motivo de sus funciones*” a que se refiere el artículo 5.34 de la Ley de 2004. Por consiguiente, es el objeto de este recurso contencioso administrativo, de una parte, la solución de conflictos administrativos entre entidades territoriales (República, Estados o Municipios) en relación con los límites de la autonomía de cada uno y el ámbito de sus respectivas competencias, y de otra, servir de vía procesal para tramitar los conflictos interadministrativos. Sobre el procedimiento aplicable, la nueva Ley reprodujo exactamente, en el artículo 21, párrafos 23 y siguientes, el procedimiento que establecía la Ley derogada en relación con la tramitación y supuestos de procedencia del conflicto de autoridades, cuyas únicas variantes son las relativas a los lapsos procesales.

f) Innovaciones y limitaciones en cuanto a las pretensiones deducidas en el contencioso de los servicios públicos

Conforme a la innovación contenida en el artículo 259 de la Constitución de 1999, los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa podrán “*conocer de los reclamos que se formulen por la prestación de servicios públicos*”. La Ley de 2004 no reguló el procedimiento en este caso, y se limitó a establecer la competencia de la Sala Político Administrativa para conocer y decidir, en segunda instancia, las apelaciones y demás acciones o recursos contra las sentencias dictadas por los tribunales contencioso administrativos, cuando su conocimiento no estuviese atribuido a otro tribunal, que decidan sobre las acciones de reclamo por la prestación de servicios públicos nacionales (artículo

5.37). De este modo, se ha procedido a delimitar de forma pretoriana la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en relación con las reclamaciones por prestación de servicios públicos,⁴³ con fundamento en la Constitución de 1999 y el criterio sostenido por la Sala Constitucional en esta materia.⁴⁴

Si bien el contencioso de los servicios públicos es de incipiente desarrollo y uno de los aspectos más importantes que plantea es determinar cuál es su contenido,⁴⁵ la doctrina venezolana ha entendido que se trata de una acción de condena con características particulares (RONDÓN 2004, pág. 23), que comprende a todas las pretensiones que los usuarios de servicios públicos pueden interponer ante la prestación de éstos⁴⁶ (Rondón 2004, págs. 26 y ss.; Jaimes 2001, págs. 105 y ss.; Parés 2001, págs. 271 y ss.). En este mismo sentido, la jurisprudencia ha venido declarando la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, con independencia que la parte demandada sea una Administración Pública,⁴⁷ para conocer los reclamos por la supresión o falta de servicio;⁴⁸ la prestación parcial o deficiente;⁴⁹ interrupción del servicio respecto de la cual se ha admitido la acción de amparo constitucional,⁵⁰

⁴³ Véase la sentencia de la Sala Político Administrativa de 27 de octubre de 2004 (caso: *Marlon Rodríguez*), ya citada.

⁴⁴ Véase la sentencia de la Sala Constitucional de 8 de diciembre de 2000 (caso: *Transporte Sicalpar*).

⁴⁵ González (2002, págs. 203-229) atribuye al contencioso de los servicios un valor organizativo y en este sentido enuncia tres tipos de pretensiones, vinculadas a dicha actividad, que pueden dar lugar a las reclamaciones en esta materia. Estas tres categorías son: i) las pretensiones procesales relativas a su nacimiento; ii) las pretensiones procesales relativas a su funcionamiento; y iii) las pretensiones procesales relativas a su extinción.

⁴⁶ En este sentido, véase Hernández (2006, págs. 143 y ss.), para quien el contencioso administrativo de los servicios públicos “es una suerte de conglomerado heterogéneo de pretensiones procesales”, que necesita ser restringido en su ámbito subjetivo y objetivo.

⁴⁷ Así, en ocasiones, tales reclamos se han intentado contra sociedades mercantiles privadas. Véanse las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de marzo de 2003 (caso: *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela*) y de 18 de septiembre de 2003 (caso *CANTV*). Pero, dicha competencia también ha sido asumida en relación con empresas del Estado que actúan en un régimen de Derecho Privado, según lo resuelto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de noviembre de 2001 (caso: *HIDROCAPITAL*).

⁴⁸ Véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 14 de abril de 2000 (caso: *I.V.V.S.*).

⁴⁹ Véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 4 de junio de 1998 (caso: *Enfermos de SIDA*) y de 6 de noviembre de 2000 (caso: *Proavanca*).

⁵⁰ Véase la sentencia de la Sala Constitucional de 8 de diciembre de 2000 (caso: *Transporte Sicalpar*), ya citada. Sin embargo, esta Sala ha entendido en decisiones recientes que para el caso particular de denuncias de violación de derechos constitucionales por la suspensión del suministro del servicio por parte del concesionario, la actuación impugnada en ese supuesto se identifica con el concepto de vía de hecho y, por tanto, ésta debe ser controlada, conforme a la

salvo por falta de pago;⁵¹ el cobro no ajustado a la legalidad o anormal; los daños derivados de la falta o deficiencia del servicio; los actos administrativos de autoridad, dictados por entes privados en materia de servicios públicos concurrentes o virtuales.⁵²

Esta amplitud a la que propende el contencioso de los servicios públicos, que permitiría ventilar cualquier pretensión relacionada con la prestación de éstos, ha sido debatida por quienes afirman, con razón, la necesidad de un concepto más restringido de este sistema y, por ende, más acorde con el sentido que da al término el artículo 259 constitucional (HERNÁNDEZ 2006, págs. 144-146; UROSA 2003, págs. 99-105 y 349-352; JAIMES 2001, pág. 113, entre otros). Al respecto, se señala que las reclamaciones de los servicios públicos deben aludir a las pretensiones de condena frente a la inactividad de la Administración vinculada a la prestación de servicios públicos, bien ante la falta de prestación –total o parcial- de éstos y cuya gestión ha asumido la Administración, o bien ante la falta de ejercicio de potestades de ordenación y limitación por parte de la Administración sobre la iniciativa privada que gestiona esos servicios esenciales, a fin de lograr su efectiva prestación. De modo que las pretensiones surgidas en el seno de las relaciones contractuales referidas a la prestación de servicios públicos, así como las pretensiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados por la inactividad en la prestación de tales servicios, habrá de ventilarse ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la nulidad de actos o contratos de prestación de servicio público o de las demandas de responsabilidad de la Administración, respectivamente, pero no a través del contencioso de los servicios públicos.

Lo que se espera de la Administración o del prestador indirecto del servicio público no es la emisión de un acto jurídico, sino la realiza-

doctrina de la Sala sobre esa materia, por los medios ordinarios del contencioso administrativo. Así lo afirmó en sentencia de 20 de febrero de 2003 (caso: *Benedetto D'Alto Carrano*), al conocer de una acción de amparo incoada por la suspensión del servicio de agua potable.

⁵¹ Véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 10 de marzo de 2000 (caso: *P.I. Montes*). Sin embargo, sí se ha admitido el amparo constitucional respecto de la suspensión del servicio por falta de pago de cantidades sujetas a reclamos no resueltos. En este sentido, véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 10 de octubre de 2002 (caso: *Constanza Espinel*). Tales criterios han sido ratificados por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 5 de noviembre de 2004 (caso: *C.A. Electricidad de Caracas*).

⁵² Véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 3 de abril de 2002 (caso: *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela y otros*).

ción de una determinada actividad de carácter prestacional (DE GRAZIA 2002, pág. 258). Por ello, es preponderante la tutela judicial que tienda a restablecer las lesiones sufridas a causa de la inactividad administrativa vinculada a la prestación y establecimiento de servicios públicos, que comporta, obviamente, una actuación inmediata de la Administración a través de la continuación en la prestación de servicios interrumpida, del inicio de la prestación denegada o del cese de las circunstancias que implican una deficiente prestación. De allí que la correcta prestación y establecimiento de los servicios públicos sea materia de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, como medio especial de protección subjetiva de los derechos e intereses de los administrados, así como también de control de la legalidad. Ante la ausencia de un procedimiento preestablecido en la Ley de 2004, deberán los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa optar por el procedimiento legalmente establecido que resulte compatible con esta pretensión.⁵³

4. A modo de epílogo: la permanencia del sistema “impugnatorio” en el proceso administrativo venezolano. inconveniencias y propuesta de reforma

Tras analizar, a grandes trazos, los aspectos más relevantes de la Ley de 2004, se ha pretendido dar cuenta de las virtudes y deficiencias que actualmente presenta la regulación del proceso administrativo venezolano. Es mucho, sin duda, lo que se ha conseguido hasta ahora en la tutela judicial frente a las actuaciones, positivas o negativas, de la Administración. Sin embargo, algunas de las innovaciones que se han apuntado pueden resultar ilusorias y meramente teóricas si no se tienen en cuenta aspectos fundamentales que parecen haber permanecido inalterados. De modo que podemos decir, sin riesgo a equivocarnos, que aún estamos lejos del ideal de una tutela judicial plena y efectiva.

Como indicáramos a lo largo del presente trabajo, la Ley de 2004 mantuvo intacto el esquema tasado de recursos contencioso administrativos

⁵³ Tal y como ha sugerido la doctrina científica, este procedimiento podría ser el del juicio breve, previsto en el Código de Procedimiento Civil, que asegura la inmediatez de la tutela judicial requerida frente a las vías de hecho (Hernández 2006, pág. 146; Urosa 2003, págs. 345 y ss.).

que había sido previsto en la Ley de 1976, regulando sus respectivos procedimientos de manera prácticamente igual a esta última, con la salvedad del cambio ya advertido en el contencioso de los actos administrativos. De esta manera, las virtudes y deficiencias de la Ley de 1976 se reprodujeron en la Ley de 2004, sin considerar, salvo algunas excepciones, los avances jurisprudenciales que durante décadas han ido solventando las lagunas puntuales de la legislación.

De acuerdo con la regulación del contencioso administrativo y, concretamente, de lo que ha sido el objeto del proceso administrativo, se ha entendido, tradicionalmente, que el acto o actuación –o ausencia de actuación- administrativa son materia de impugnación, es decir, el objeto del proceso contencioso administrativo. Sin embargo, el término “impugnación” es ajeno a la mayoría de las pretensiones procesales, pues no parece adecuado, por ejemplo, para referirse a pretensiones de condena a actuación administrativa, idóneas frente a las lesiones subjetivas causadas por la inactividad administrativa o las vías de hecho, a fin de lograr el cumplimiento omitido o el cese de la actividad antijurídica. De manera que el contenido del acto, actuación u omisión no pueden definir el marco del pleito, ya que no se trata de revisar en vía jurisdiccional lo decidido en la instancia administrativa, sino de resolver el conflicto surgido con motivo de la actividad –o inactividad- de la Administración.

De otra parte, la persistencia en nuestra legislación del sistema impugnatorio en el proceso administrativo limita el principio de universalidad de la tutela jurisdiccional, pues excluye la posibilidad de plantear pretensiones respecto de actuaciones que no cuentan con una especial vía impugnatoria y de que una misma pretensión puede deducirse en relación con distintas manifestaciones de la actividad administrativa. Dicho sistema lesiona, además, el principio de efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial, ya que la tramitación del proceso administrativo fundado en la existencia de vías procesales, diferenciadas según la actuación impugnabile, limita las pretensiones deducibles en cada caso y no se centra en lo que es el objeto del proceso, que desde la óptica del Derecho procesal es la pretensión procesal (GONZÁLEZ 1953, págs. 90 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA 1989, págs. 52 y 61; FERNÁNDEZ, 1976: 731-732, entre otros). Es por ello que frente a algunas manifestaciones de la actuación administrativa (especialmente la inactividad y las vías de hecho) se niega, erróneamente, una pretensión de condena a actuación como objeto principal del proceso a causa de la ausencia de

un procedimiento plenamente efectivo, estructurado de acuerdo a las necesidades de cada pretensión procesal.

Sin duda, la ausencia de regulación legislativa del procedimiento afín a las exigencias de cada pretensión procesal resta efectividad y oportunidad a la tutela judicial. Esta deficiencia de la legislación comporta que sea la jurisprudencia la que delimite, en muchas ocasiones, los principales aspectos procesales, generando gran incertidumbre jurídica, a la cual han de añadirse las restricciones propias del tratamiento que pretorianamente se le ha otorgado a determinadas pretensiones y recursos contencioso administrativos, que denotan la permanencia de los dogmas tradicionales que se erigen en obstáculos para la composición de intereses por la justicia administrativa.

Ahora bien, para lograr una integral y efectiva tutela judicial en el proceso administrativo venezolano, éste debe ser ordenado a partir de una concepción distinta a la que actualmente impera, algo que ya ha destacado la doctrina venezolana (Badell 2006, pág. 22; Hernández 2006, págs. 121 y ss.; Urosa 2004, págs. 103-128; Chavero 2003, págs. 2.344; Canova 1998, págs. 197 y ss., entre otros). En este sentido, se ha hecho énfasis en el carácter predominantemente subjetivo que debe observar la justicia administrativa, desde que ello se deriva como imperativo constitucional del citado artículo 259 (Muci 2003, pág. 2.211; Canova 1999, págs. 46-52; Linares B. 1993, págs. 81-82 y 91-98, entre otros), pues lo que se debate en el contencioso administrativo es el restablecimiento de situaciones jurídico-subjetivas desde la correcta utilización de las potestades de la Administración, siendo las pretensiones procesales administrativas el objeto del proceso.

Por consiguiente, de acuerdo con el carácter subjetivo que deriva de los principios fundamentales de universalidad del control jurisdiccional y de efectividad de la tutela judicial que informan a nuestra justicia administrativa, es indudable que estamos ante una competencia plena, lo suficientemente amplia, como para admitir distintas pretensiones, no sólo las meramente anulatorias, que protegen verdaderos derechos subjetivos frente a todas las manifestaciones de la actividad —e inactividad— de la Administración; incluso aquellas respecto de las que no se prevén legalmente medios procesales concretos, y con independencia de que las pretensiones deducibles encuadren en el marco de los medios procesales tasados en la Ley de 2004 o que haya construido la jurisprudencia.

dencia (GONZÁLEZ-VARAS 1993, págs. 125 y ss.). Es la pretensión procesal administrativa la que ha de determinar la pauta para la tramitación del proceso administrativo y, por tanto, cómo ha de estructurarse el procedimiento que sirva de cauce al proceso administrativo.

En este sentido, y siguiendo las propuestas que ha venido haciendo la doctrina venezolana (Urosa 2006, págs. 396-411; Urosa 2004, págs. 103-128; Hernández 2006, págs. 121 y ss.; Chavero 2003, pág. 2.344; Hernández-Mendible 1997, págs. 45 y ss.; Canova 1998, págs. 197 y ss.), urge establecer un medio contencioso administrativo de naturaleza cognitiva y común para todas las pretensiones procesales, pudiendo existir ciertas particularidades en la regulación en cuanto a los presupuestos procesales, efectividad, contenido y ejecución de la sentencia. Este procedimiento ordinario sustituiría el actual sistema tasado de recursos contencioso administrativos. Además, parece conveniente establecer ciertos procedimientos especiales para tramitar determinadas pretensiones, cuya naturaleza amerite un tratamiento diferenciado y para cuya satisfacción no resulte idóneo seguir el procedimiento ordinario, aun contando con efectivos poderes cautelares. En concreto, es imprescindible la existencia de un procedimiento sumario o breve, en el que predomine la oralidad (Hernández-Mendible 2007b, págs. 265-298; Chavero 2003, pág. 2.345), para aquellas pretensiones que requieran una tutela judicial urgente (v. gr. las pretensiones prestacionales *stricto sensu*), así como también, un proceso ejecutivo destinado a tramitar las pretensiones ejecutivas (González 2001, págs. 497-498), cuando por existir un título ejecutivo con fuerza obligatoria lo que se pretende de la Administración no es una sentencia mero declarativa, constitutiva o de condena, sino la ejecución de un acto a la que ella se niega expresa o tácitamente (Urosa 2006, pág. 410). Procede entonces regular, en este último caso, un procedimiento sumario, sencillo, que prescinda de la fase declarativa judicial y se dirija directamente a la ejecución del acto administrativo firme que cumpla con los requisitos para ser considerado título ejecutivo.⁵⁴

En definitiva, y sea cual fuese el grado de acierto o error de las apreciaciones aquí expuestas, hay algo que resulta previsible con casi total

⁵⁴ Véanse las sentencias de la Sala Constitucional de 2 de agosto de 2001 (caso: *Nicolás José Alcalá*) y de la Sala Político Administrativa de 23 de septiembre de 1999 (caso: *Aideé Isabel Campo Pérez*), en las que se reconoce la necesidad de regular un proceso ejecutivo en el contencioso administrativo.

claridad: en la medida que optemos por un sistema abierto de pretensiones procesales administrativas deducibles a través de la acción, de acuerdo con los principios del Derecho procesal, se avanzará hacia la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva frente a la actividad, positiva o negativa, de la Administración.

Bibliografía

- Araujo Juárez, J., (1996): *Principios generales del Derecho Procesal Administrativo*, Caracas, Vadell Hermanos Editores.
- Badell Madrid, R., (2006): “*El recurso de nulidad*”, *Derecho Contencioso Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata*, Barquisimeto, Colegio de Abogados del Estado Lara.
- Barnés Vázquez, J., (1993): “La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV)”, *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Madrid, Civitas.
- Brewer-Carías, A.R., (2005): “Panorama General del Derecho Administrativo en Venezuela (2004)”, *El Derecho administrativo iberoamericano*, Madrid, INAP.
- Brewer-Carías, A.R., (2004a), “Los procesos contencioso administrativos en Venezuela”, *Vniversitas* 18, págs. 335-455.
- Brewer-Carías, A.R., (2004b): “Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004”, *Seminario sobre la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, Universidad Monteávila.
- Brewer-Carías, A.R., (1993): *Nuevas Tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A.R., (1991): “Universalidad del control contencioso-administrativo”, *Revista de Derecho Público* 46, págs. 5-22.
- Brewer-Carías, A.R., (1986): “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado o de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los estados en sus

tribunales nacionales”, *Revista de Derecho Público* 26, págs. 65-68.

- Brewer-Carías, A.R., (1984): “El problema de la definición del acto administrativo”, *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, págs. 25-78.
- Brewer-Carías, A.R., (1964): *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Vol. IV, Caracas, Universidad Central de Venezuela.
- Brewer-Carías, A.R. y Ortiz Álvarez, L.A., (1996): *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa (1961-1996)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- Calcaño de Temeltas, J., (1998): “Distinción entre los recursos de nulidad por inconstitucionalidad y los recursos de nulidad por ilegalidad en la jurisdicción contencioso administrativa”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 110, págs. 121-140.
- Calcaño de Temeltas, J., (1995): “Origen y evolución del contencioso venezolano”, *Derecho Procesal Administrativo, 1ª Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo*, Valencia, Vadell Hermanos Editores.
- Canova González, A., (2006): “Nuevos criterios jurisprudenciales en el contencioso administrativo venezolano”, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*, Vol. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.
- Canova González, A., (1999): “Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional”, *Revista de Derecho Administrativo* 7, págs. 15-61.
- Canova González, A., (1998): *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Caracas, Editorial Sherwood.
- Casal Hernández, J.M., (1999): “Las pretensiones mero declarativas en el contencioso administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo* 5, págs. 63-74.

- Carrillo Artiles, C.L., (2004): *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, FUNEDA.
- Carrillo Artiles, C.L., (1996): *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.
- Chavero Gazdik, R.J., (2003): “Bases esenciales para una reforma radical del contencioso administrativo”, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas y Universidad Central de Venezuela.
- Chavero Gazdik, R.J., (1996): *Actos de Autoridad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- De Grazia Suárez, C., (2002): “El Contencioso de los Servicios Públicos”, VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*, Tomo II, Caracas, FUNEDA.
- Farías Mata, L.H., (1982): “¿Eliminada la Acción Popular en el Derecho Positivo Venezolano?”, *Revista de Derecho Público* 11, págs. 5 y ss.
- Farías Mata, L.H., (1971): “La doctrina de los actos excluidos en la Jurisprudencia del Supremo Tribunal”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. I, Caracas, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela.
- Fernández Rodríguez, T.R., (1980): “La plenitud de la garantía jurisdiccional contencioso administrativa en el contexto constitucional”, *Libro Homenaje a Manuel García-Pelayo*, Tomo I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Fernández Rodríguez, T.R., (1976): “Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 11, págs. 728-729.
- García de Enterría, E., (2000): “La definitiva erradicación de los actos

de gobierno en nuestro Derecho, *Revista Española de Derecho Administrativo* 106, págs. 231-233.

- García de Enterría, E., (1989): *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, Madrid, Civitas.
- García de Enterría, E., (1962): “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública* 38, págs. 159-205.
- García Pérez, M., (1999): *El Objeto del Proceso Contencioso Administrativo*, Pamplona, Aranzadi.
- González Pérez, J., (2002): “Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos”, *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*, Tomo II, Caracas, FUNEDA.
- González Pérez, J., (2001): *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas.
- González Pérez, J., (1989): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas.
- González Pérez, J., (1953): “La pretensión procesal administrativa”, *Revista de Administración Pública* 12, págs. 77-128.
- González-Varas Ibáñez, S., (1993): *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas.
- Hernández García, J.I., (2006): “Las pretensiones procesales administrativas en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista de Derecho Administrativo* 20, págs. 121-148.
- Hernández García, J.I., (2004): “El poder de sustitución del juez contencioso administrativo: contenido y ejecución de la sentencia”, *El contencioso administrativo hoy*, Caracas, FUNEDA.

- Hernández-Mendible, V.R., (2007a): “Constitución y Proceso Administrativo Oral”, *Pruebas y Oralidad en el Proceso*, Barquisimeto, Librería J. Rincón.
- Hernández-Mendible, V.R., (2007b): “La oralidad en el orden jurisdiccional administrativo”, *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández-Mendible, V.R., (1997): “Hacia la reconstrucción de la justicia administrativa”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 103, págs. 45-63.
- Jaimes Guerrero, Y., (2001): “El recurso de reclamo por la prestación de servicios públicos”, *Revista de Derecho Administrativo* 12, págs. 105-118.
- Linares Benzo, G., (2004): “*La vía de hecho como objeto de la pretensión procesal administrativa*”, El contencioso administrativo hoy, Caracas, FUNEDA.
- Linares Benzo, G., (1999): *El proceso de amparo*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Linares Benzo, G., (1993): “El carácter subjetivo del procedimiento contencioso-administrativo”, *XVII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*, *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo I, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.
- Linares Martínez, A., (2007): “Los poderes del juez contencioso administrativo en materia probatoria: ¿simple espectador o director del proceso?”, *Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Vol. II, Caracas, Paredes Libros Jurídicos.
- Moles Caubet, A., (1993): “El sistema contencioso-administrativo venezolano en el Derecho Comparado”, *Contencioso Administrativo en*

Venezuela, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.

- Muci Borjas, J.A. (2003): “Los Poderes del Juez Administrativo: Tutela Judicial Efectiva”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas y Universidad Central de Venezuela.
- Ortiz Álvarez, L.A., (1995): *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo (1980-1994)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- Parés Salas, A., (2001): “El Contencioso de los Servicios Públicos”, *Revista de Derecho Administrativo* 12, págs. 271-299.
- Pellegrino Pacera, C., (1999): “Derecho administrativo y jurisdicción contencioso administrativa: su objeto ¿pretensiones fundadas en el Derecho administrativo?”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 112, págs. 337-410.
- Rondón de Sansó, H., (2006): *Análisis de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Una ley fuera de contexto*, Caracas, Editorial Ex Libris.
- Rondón de Sansó, H., (2004): “Fundamentos y alcances constitucionales del orden contencioso administrativo”, *El contencioso administrativo hoy*, Caracas, FUNEDA.
- Rondón de Sansó, H., (2001): *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, Caracas, FUNEDA.
- Santamaría Pastor, J.A., (1974): “Sobre el carácter expansivo de la jurisdicción contencioso administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 2, págs. 126-134.
- Torrealba Sánchez, M.A., (2006): *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*, Caracas, Editorial Texto.
- Torrealba Sánchez, M.A., (2005): “Algunas implicaciones procesales de la reciente jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa en materia de demandas contra los entes públicos y en el contencioso de

los contratos administrativos”, *Temas de Derecho Procesal*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia.

- Turuhpial Cariello, H., (1998): “Algunos dogmas en Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo* 4, Caracas, Editorial Sherwood.
- Urosa Maggi, D., (2006): “Recursos contencioso-administrativos”, *El Derecho Administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI*. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez, Caracas, FUNEDA.
- Urosa Maggi, D., (2004): “La pretensión procesal administrativa”, *El contencioso administrativo hoy*, Caracas, FUNEDA.
- Urosa Maggi, D., (2003): *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Caracas, FUNEDA.

LA ORALIDAD EN EL NUEVO PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

(COSTA RICA)

Por Ernesto Jinesta Lobo

SUMARIO: Introducción. I.- Proceso contencioso-administrativo y oralidad. 1.- La oralidad: una idea símbolo. 2.- Oralidad, democratización y humanización del proceso. 3.- El correcto sentido del principio de la oralidad: el debate entre el proceso escrito, oral y mixto. 4.- La oralidad: un conjunto de principios. 4.1.- Inmediación. 4.2.- Identidad física de los jueces. 4.3.- Concentración. 4.4.- Publicidad. 4.5.- Celeridad, sencillez y economía. 5.- Los poderes del juez en un proceso oral. 6.- El valor de la oralidad en el proceso contencioso administrativo en función del objeto y de la prueba requerida. 7.- Proceso por audiencias y el imperativo de los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos por los procesos orales. II.- Regulación de la oralidad en el nuevo proceso contencioso-administrativo. 1.- Disposiciones comunes. A.- Principios de la oralidad (artículo 85.1 CPCA). B.- Contradictorio, verdad real y concentración (artículo 85.2 CPCA). C.- Asistencia e inasistencia de las partes a las audiencias (artículo 86 CPCA). D.- Distribución de la palabra entre los representantes (artículo 87 CPCA). E.- Resoluciones verbales durante las audiencias (artículo 88 CPCA). F.- Recursos procedentes contra resoluciones verbales dictadas en las audiencias (ar-

título 89 CPCA). 2.- Audiencia preliminar. A.-Extremos que se resuelven en la audiencia preliminar (artículo 90 CPCA). B.- Uso de la palabra e imposibilidad de discutir cuestiones del juicio oral y público (artículo 91 CPCA). C.- Trámite, resolución y recursos respecto de las defensas previas (artículo 92 CPCA). D.- Prueba admisible e inadmisible, principio de la verdad real (artículo 93 CPCA). E.- Preparación de la prueba pericial (artículo 94 CPCA). F.-Ampliación, ajuste y aclaración pretensiones o fundamentos demanda y contrademanda (artículo 95 CPCA). G.-Actuaciones y manifestaciones juez tramitador durante audiencia preliminar (artículo 96 CPCA). H.- Normativa supletoria aplicable audiencia preliminar, facultades juez tramitador y acta (artículo 97 CPCA). I.-Prescindencia juicio oral y público en asuntos de puro derecho y en los que no existe prueba que evacuar (artículo 98 CPCA).3.- Juicio oral y público. A.- Constitución del Tribunal de juicio, naturaleza de la audiencia, funciones de la presidencia y comportamiento de las partes y del público (artículo 99 CPCA). B.- Carácter ininterrumpido de la audiencia y eventuales suspensiones (artículo 100 CPCA). C.-Continuación de la audiencia suspendida (artículo 101 CPCA). D.- Acta del juicio oral y público (artículo 102 CPCA). E.- Consultor especializado de parte y del Tribunal (artículo 103 CPCA). F.- Etapas del juicio oral y público (artículo 104 CPCA). G.- Discusión de los peritajes (artículo 105 CPCA). H.- Testigos y testigos-peritos (artículo 106 CPCA).I.- Interrogatorio de los testigos (artículo 107 CPCA). J.-Confesional (artículo 108 CPCA). K.- Conclusiones (artículo 109 CPCA). L.- Recepción nuevas pruebas o ampliaciónde las incorporadas (artículo 110 CPCA). LL.- Deliberación y dictado de sentencia (artículo 111 CPCA). 4.- Otros preceptos que establecen la oralidad.

Introducción

En Costa Rica se aprobó el nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 24 de abril de 2006), el cual entró en vigencia el pasado 1° de enero de 2008, por virtud de la *vacatio legis* establecida en el artículo 222 de ese cuerpo normativo.

Este nuevo Código procesal supone un giro copernicano respecto de la

justicia administrativa concebida y regulada en la ahora derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1966, la cual establecía un proceso contencioso administrativo revisor u objetivo o meramente anulatorio que se enfocaba en la fiscalización de la actividad formal de las administraciones públicas, esto es, los actos administrativos manifestados por escrito previo procedimiento. El nuevo Código del 2006 establece una jurisdicción subjetiva, plenaria y universal que pretende controlar todas las formas de manifestación de la función o conducta administrativa, tanto la actividad formal, como las actuaciones materiales, las omisiones formales y materiales, en sus diversas y heterogéneas expresiones, y, en general las relaciones jurídico-administrativas y cualquier conducta sujeta al Derecho Administrativo –aunque provengan de un sujeto de Derecho privado-.

El CPCA introduce una serie de figuras novedosas desde el punto de vista del Derecho Administrativo adjetivo, con el propósito de actuar los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a un proceso en un plazo razonable. Dentro del arsenal de institutos o instrumentos procesales para asegurar una justicia administrativa célere, expedita, transparente, democrática y sencilla, figuran el acortamiento de los plazos para la realización de los diversos actos procesales, la ampliación del ámbito de fiscalización, protección de los intereses colectivos –corporativos y difusos-, el reconocimiento de la acción popular cuando la establezca la ley, las medidas cautelares positivas –innovativas o anticipatorias-, un elenco abierto –*numerus apertus*- de pretensiones –incluida la de condena o prestacional-, la única instancia con apelación en casos expresamente tasados, la conciliación intra-procesal con un cuerpo de jueces conciliadores, el proceso unificado, el proceso de trámite preferente, los procesos sin juicio oral y público por ser de puro derecho, sin hechos controvertidos o cuando las partes acuerdan prescindir de éste, resoluciones jurisdiccionales dictadas verbalmente, nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargos de bienes del dominio fiscal, participaciones accionarias, transferencias presupuestarias y de algunos del dominio público –no destinados a la prestación de servicios públicos esenciales-, reajuste o indexación de las obligaciones pecuniarias), anulación en fase de ejecución de la conducta ilegítima reiteradas, un cuerpo de jueces de ejecución con amplios poderes, la extensión y adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros, la extensión de lo resuelto en vía administrativa a favor de terceros para las partes del proceso, etc.

No obstante, dentro de las principales innovaciones de la nueva legislación procesal destaca el proceso por audiencias –preliminar y juicio oral y público- que sustituye al vetusto proceso escrito, formal y fragmentado, que permite ofrecer una justicia célere y con rostro humano a los justiciables. Como miembro de las Comisiones redactora y de seguimiento de la nueva justicia administrativa en Costa Rica, he podido comprobar que los procesos contencioso-administrativos que bajo la vieja legislación tardaban entre seis y siete años en ser resueltos, ahora son concluidos en tres meses, lapso que marca una diferencia abismal y esencial entre el viejo modelo y el nuevo paradigma de justicia administrativa. Resulta claro que la oralidad, sin duda, ha salvado el honor y prestigio, tan devaluados, de la justicia administrativa, lográndose superar la crisis en la que se encontraba inmersa. La experiencia en la aplicación y ejecución del nuevo CPCA ha puesto de manifiesto que la intermediación y concentración inherentes a la oralidad, constituyen un remedio efectivo y acertado contra la lentitud patológica del proceso administrativo y para obtener una justicia de calidad.

I.- Proceso contencioso-administrativo y oralidad

1.- La oralidad: una idea símbolo

Señala Cappelletti que la oralidad constituye una idea símbolo en los dos últimos siglos para impulsar una serie de movimientos de crítica y reforma del proceso, en especial, en los sistemas romano-canónicos, emprendidos después de la Revolución Francesa y del movimiento codificador.¹

Se trata de una idea, elevada a principio procedimental, que, obviamente, todavía tiene actualidad y vigencia en aquellos sistemas jurídicos que permanecen anclados en un proceso predominantemente escrito de corte medieval y barroco con sistemas tasados o tarifados de valoración de la prueba (prueba legal) y carentes de relaciones inmediatas entre el órgano jurisdiccional decisor y las partes. La oralidad constituye la fuente de inspiración para emprender una serie de reformas legislativas que incluyan un sistema de admisión y valoración libre y crítica de la prueba -la libre valoración y convicción del juez solo puede darse

¹ V. Cappelletti (Mauro), *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, EJE, 1972, pp. 32-34.

en el seno de un proceso oral- la intermediación entre el acervo probatorio y el juez decisor y la introducción de una o varias audiencias para sustanciar la causa.²

Incluso, se habla de un “movimiento en favor de la oralidad”,³ el que se remonta a mediados del siglo pasado en Europa Continental y que fructificó con la promulgación de las ordenanzas procesales civiles de Alemania (1877) y Austria (1895). Ese movimiento surgió como reacción a ciertas características negativas del modelo procesal vigente en la época, tales como las siguientes:

- a) El predominio absoluto del elemento escrito, de tal modo que se estimaba que lo que no consta en el expediente no existe en el mundo (inadmisibilidad e invalidez absoluta de los elementos orales *quod non est in actis no est de hoc mundo*).
- b) Ausencia de inmediatez, puesto que, el juez decisor no tiene un contacto directo, inmediato y personal con los otros sujetos procesales, los hechos y la prueba. La recepción de la prueba se delega en otra persona -generalmente un juez instructor o actuario o, incluso, en un auxiliar judicial-, razón por la que se creó “...una propia y verdadera muralla de papel entre el juez y los otros sujetos del proceso...”⁴
- c) Prevalencia del sistema de prueba legal con reglas formales, abstractas y apriorísticas que determinan su admisibilidad y valor.
- d) Ausencia de concentración, puesto que, el proceso está constituido por una serie de etapas y fases concatenadas y prolongadas además de estar llenas de vicisitudes y eventualidades, esto es, el proceso difuso, disperso o desconcentrado.

2.- Oralidad, democratización y humanización del proceso

La oralidad contribuye a la democratización de la justicia y del derecho, puesto que, se requiere un juez que además de un rol activo -director e impulsor del proceso-, esto es, que dirija, ordene y agilice el proceso,

² V. op. ult. cit., pp. 75-77.

³ op. ult. cit., p. 97.

⁴ op. ult. cit., p. 99.

asuma un papel asistencial interactuando con las partes para determinar y delimitar el objeto del proceso, los hechos controvertidos y la prueba admisible y pertinente, esto es, colaborando en la búsqueda de la verdad real y asegurando una igualdad real entre las partes, de tal manera que la parte victoriosa sea la que probablemente tiene la razón y no la que posee más medios económicos para pagar a un representante hábil que complique el proceso en aras de los intereses de su representado y resista la lentitud del proceso.

Se precisa de un juez involucrado y comprometido con la resolución de la causa y no introducido en una campana de cristal, construida sobre la base de una mal entendida independencia o imparcialidad, que lo aísla y aparta del resto de los sujetos procesales. Se requiere, en suma, de jueces honestos, diligentes, sensibles y estudiosos.

La oralidad propicia y conduce a la humanización del proceso, por cuanto, respeta la dignidad humana, lo actualiza, lo acerca al ser humano y mejora la comunicación procesal haciéndola más flexible y expedita.⁵

La oralidad tiene, también, una función moralizante, puesto que, contribuye por su inmediatez a evitar las estrategias de los litigantes contrarias a la buena fe y lealtad procesales.⁶

3.- El correcto sentido del principio de la oralidad: el debate entre el proceso escrito, oral y mixto

Como lo expresó Calamandrei existe un binomio oralidad y escritura que ha revestido un significado polémico y programático, siendo el primer elemento la bandera del proceso del futuro y el segundo la representación de un proceso desfasado y anquilosado que debe reformarse.⁷

La comunicación que se produce en el proceso, esto es, las declaraciones de voluntad y conocimiento que formulan las partes, puede asumir dos formas oral y escrita, según se produzca entre presentes o ausentes.⁸

⁵ V. Rivero Sánchez (Juan Marcos), Proceso, democracia y humanización. Separata Revista de Informacao Legislativa, Brasil, año 30, No. 118, abr.-jun. 1993, pp. 307, 320-323.

⁶ V. Saenz Elizondo (María Antonieta), Una nueva visión del proceso civil, San José, CONAMJ, 1997, p. 35.

⁷ V. Calamandrei (Piero), Oralità nel processo. Opere Giuridiche, Napoli, Morano Editore, Volume Primo, 1965, p. 450.

⁸ Ibidem.

La doctrina es conteste en sostener que en virtud del grado de evolución jurídica de la humanidad, no puede existir un proceso puro, esto es, eminentemente escrito u oral. Lo recomendable es buscar un término medio, es decir, una coexistencia o complementación armónica del elemento escrito y del oral que desemboque en un proceso mixto. Resulta difícil imaginar un proceso oral que no admita la existencia de actos escritos, dado que, la escritura constituye un modo de expresión y conservación del pensamiento muy utilizado modernamente. De lo que se trata, más bien, es de otorgarle al elemento escrito el sitio real que le corresponde en el proceso.⁹

El proceso debe ser escrito en su fase inicial, introductoria o preparatoria y oral en la etapa de sustanciación, por lo que el problema radica en la coordinación de sendos elementos y no en la exclusión radical de uno de ellos.¹⁰

Ambos elementos tienen sus virtudes, así el escrito, ocasionalmente, ofrece precisión, preparación y reflexión. No obstante, también ofrece graves desventajas, puesto que, en la mayoría de los litigios los escritos extensos, desordenados y redundantes contribuyen a complicarle a las partes y al órgano jurisdiccional el entendimiento de cuestiones básicas y elementales, así como a prolongar, innecesariamente, la resolución final. El proceso escrito contribuye a prolongar patológicamente la ya de por sí lentitud fisiológica del proceso, además de socavar las finanzas, paciencia, valor, esperanza y confianza de la parte que probablemente tiene la razón y se ve compelida a acudir a la tutela judicial.

De su parte el elemento oral brinda las ventajas de la elocuencia muda del cuerpo (gestos, ademanes, muecas y actitudes corporales) y de la palabra viva, persuasiva y simple, que le permiten al juez determinar los puntos medulares objeto de la discusión.

Es así como los sistemas procesales que buscan un grado importante de perfección combinan y coordinan sendos elementos utilizando la escritura para los actos que requieren de precisión y conservación (vbgr. demanda y contestación, contrademanda y réplica, dúplica y tríplica) y

⁹ V. Chiovenda (Giuseppe), *Curso de Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Pedagogía Iberoamericana, 1995, pp. 431-432. López González (Jorge Alberto), *Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil*, San José, S.E., 2001, pp. 32-37.

¹⁰ V. Cappelletti (Mauro), *op. cit.*, pp. 9-10.

la oralidad para aquellos donde la espontaneidad, inmediación y simplicidad son relevantes.¹¹

Se encuentra plenamente aceptado que la fase preparatoria de todo proceso debe ser predominantemente escrita con relación a los siguientes aspectos: a) la demanda, la contestación, las excepciones y las eventuales contrademanda y réplica -hechos y pretensión-. En aras de la precisión, seriedad y seguridad, deben constar por escrito, independientemente que las partes., ulteriormente, integren, delimiten, aclaren, modifiquen o precisen tales extremos en una audiencia concentrada posterior y b) los alegatos o argumentaciones jurídicas -fundamentos de derecho- que requieren de un estudio profundo y reflexivo de la legislación, doctrina y jurisprudencia para evitar la superficialidad, improvisación y olvido inherentes a la retórica y a la dificultad para manejarla.¹²

De igual forma, se estima que la escritura cumple en el proceso oral otra función además de la preparatoria, la cual consiste en documentar o registrar los aspectos relevantes de los debates ocurridos en las audiencias, sobre todo para una instancia posterior, a través de las actas que se levanten al efecto. En esas actas se consignan las preguntas dirigidas a las fuentes de prueba y sus respuestas, las aclaraciones, rectificaciones y modificaciones formuladas por las partes, las resoluciones dictadas por el juez, etc.¹³

En cambio, en tratándose de la recepción de prueba, la oralidad cumple un papel fundamental. No obstante, deben efectuarse algunas distinciones de importancia. Existen probanzas, fundamentalmente documentales -preconstituidas respecto del proceso- con relación a las que debe regir el sistema de valoración legal, esto es, la oralidad no puede suponer una “irracional desvalorización de la prueba documental (preconstituida)”,¹⁴ puesto que, la misma crea un grado de certeza y seguridad entre las partes que intervienen en una relación jurídica al prever los resultados de un proceso eventual. En resumen, la oralidad supone la libre valoración de la prueba por constituir (testimonial, pericial, declaración y confesión de partes, etc.), esto es, en cuya producción el juez ha participado directa y personalmente.

¹¹ V. op. ult. cit., pp. 10-11.

¹² V. op. ult. cit., pp. 87-88.

¹³ V. Chioyenda (G.), op. cit., pp. 432-433

¹⁴ Cappelletti (M.), op. cit., p. 89

4.- La oralidad: un conjunto de principios¹⁵

Tanto Chiovenda como Calamandrei manifestaron en la primera mitad de este siglo que la expresión oralidad, en su correcta acepción jurídico procesal, recoge sintéticamente un conjunto de principios inseparables, a los que haremos referencia de seguido.

a) Inmediación

La intermediación es la relación o comunicación inmediata y directa que se establece, en virtud de la oralidad, entre el juez o el Tribunal, los restantes sujetos del proceso –presencia contextual-, los hechos y los medios de prueba.

La intermediación objetiva hace referencia a que la deliberación debe ser iniciada de manera inmediata al término del juicio oral –momento procesal en el que el Tribunal ha tenido contacto directo con los sujetos procesales y el material probatorio- y se debe procurar dictar, también, inmediatamente, la sentencia.

La intermediación subjetiva, también se conoce como identidad física del juez, aunque preferimos plantearla como un sub-principio separado.

b) Identidad física de los jueces

Para que exista intermediación debe existir identidad física entre los jueces que dictan sentencia y los que se imponen de los alegatos de las partes, sus pretensiones y participan en la totalidad de la práctica de todo el acervo probatorio. La regla, entonces, es que la prueba debe ser practicada ante el juez que debe apreciarla y valorarla o que el juez que decide es el que asistió a la producción de la prueba y tuvo relación directa con los sujetos procesales.

c) Concentración

La concentración y la continuidad son principios inherentes a los procesos predominantemente orales, puesto que, representan lo contrario a la fragmentación y discontinuidad consustanciales a los procesos escritos. Significa que la causa se debe sustanciar en un periodo único que incluya el menor número posible de audiencias sucesivas y significa,

¹⁵ V. Jinesta Lobo (Ernesto), La oralidad en el proceso contencioso administrativo. Revista *IVSTITIA*, año 13, No. 155-156, noviembre-diciembre 1999, p. 26.

especialmente, el dictado de la sentencia después de la clausura del debate oral. La concentración produce, necesariamente, una aceleración de los procesos, con lo cual este sub-principio encuentra fundamento en el derecho fundamental a una justicia pronta.

La concentración supone una o varias audiencias consecutivas para evitar que se olvide lo debatido y que todas las cuestiones previas e incidentales se concentren en la vista, sin provocar procesos independientes.

d) Publicidad

En los procesos predominantemente orales las audiencias, tal y como lo imponen los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, deben ser, en tesis de principio, públicas. Se trata de un proceso abierto que permita el control de la actividad jurisdiccional y forense por las partes y la opinión pública, con lo cual se refuerza la confianza del pueblo en la justicia. La publicidad, supone que las partes interesadas deben estar informadas de lo que se debate en el proceso y de lo resuelto por los jueces, adicionalmente, que los terceros, a través de su presencia o por los medios de comunicación colectiva, se informen de lo que acontece en el juicio oral y de sus resultados.

e) Celeridad, sencillez y economía

Las declaraciones escritas entre personas lejanas están separadas por intervalos que permiten la respuesta correspondiente, mientras que entre los presentes que hablan la respuesta sigue a la pregunta. El debate oral es contextual y no admite interrupciones o reenvíos. A diferencia, el proceso escrito es disperso y desconcentrado, se fracciona en una serie de fases o episodios con la posibilidad de impugnar separadamente las resoluciones interlocutorias.

5.- Los poderes del juez en un proceso oral¹⁶

En un proceso oral el juez debe tener poderes directivos, ordenadores y sancionadores, que le permitan desarrollar un papel protagónico y activo en la relación procesal, provisto de la autoridad necesaria para

¹⁶ V. Artavia Barrantes (Sergio), El proceso civil oral y otras figuras modernas –Bases para la reforma-. En *La Gran Reforma Procesal* –Editor Ricardo Zeledón Zeledón-, San José, Editorial Guayacán, 2000, pp. 150-152.

ejercer su función, debe dirigirlo y conducirlo conveniente y ágilmente para la toma de una resolución acertada.

En la recepción de la prueba debe tener ciertas características específicas que le permitan conversar directamente con las partes y sus representantes y colaborar en la producción de la prueba, tales como control, dirección, iniciativa y liderazgo para propiciar el contradictorio o el interrogatorio cruzado y encausar el proceso por la senda correcta. En suma, debe tener los poderes suficientes para ser un juez director y no un espectador pasivo o un dictador detestable.

6.- El valor de la oralidad en el proceso contencioso administrativo en función del objeto y de la prueba requerida¹⁷

Giuseppe Chiovenda distinguió el valor de la oralidad en tres hipótesis que son las siguientes:

a) un proceso en que los hechos son incontrovertidos y no hay que resolver más que cuestiones de derecho; b) un proceso en el que existen hechos controvertidos pero se debe resolver con fundamento en una prueba documental y c) un proceso en que los hechos son controvertidos y se requieren elementos de convicción no solo documentales (confesión, declaración de parte, pericial, testimonial, etc.).

Evidentemente, la oralidad tiene un valor diferente para cada uno de estos supuestos, puesto que, en los dos primeros las diferencias entre un proceso escrito y oral no son tan acentuadas. En el caso a) serviría para aclarar las cuestiones de hermenéutica jurídica planteadas y para la formulación de alegatos. En el supuesto b) los documentos serán examinados en el contradictorio vivo lo que evita malos entendidos, yerros y olvidos. Desde luego, que para la hipótesis c) la oralidad cumple un papel fundamental, puesto que, se produce un contacto directo e inmediato entre la prueba y los jueces llamados a resolver la causa.¹⁸

Por lo anterior, la oralidad en el proceso contencioso administrativo

¹⁷ V. Jinesta Lobo (Ernesto), Particularidades de la oralidad en el proceso contencioso-administrativo. En *La Gran Reforma Procesal* –Editor Ricardo Zeledón–, San José, Editorial Guayacán, 2000, pp. 121-122.

¹⁸ V. Chiovenda (Giuseppe), *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, Tomo II, 2ª. Edizione, p. 397

requiere de matizaciones o variaciones importantes. En efecto, existen procesos en los que la cuestión empeñada es de puro derecho (v. gr. la ilegalidad de un reglamento ejecutivo o de la determinación de la obligación tributaria por una indebida o errónea interpretación del hecho generador definido en la ley). En tales circunstancias, bastará una única audiencia para dirimir el -asunto.

De igual forma, en los procesos contencioso-administrativos, en los que se deduce la pretensión clásica de mera nulidad, al impugnarse la actividad formal de la Administración Pública (actos administrativos formalmente adoptados por escrito), la prueba determinante será la documental -la que es de suponer será aportada por la parte actora o remitida por la Administración Pública-, esto es, el expediente administrativo, situación por la cual podría celebrarse una única audiencia.

Claro está, en los procesos en que se formula una pretensión de plena jurisdicción en la que se solicita el reconocimiento y pleno restablecimiento de una situación jurídica sustancial, con o sin reparación patrimonial, la oralidad tiene un valor de primer orden, puesto que, para determinar o probar el quebranto de la situación jurídica sustancial aducida, la eventual, y casi segura, existencia de los daños y perjuicios (*an*) y el *quantum* de éstos se precisa, normalmente, de otros medios de convicción como la prueba pericial, testimonial, reconocimientos judiciales, etc.. Idéntico valor tiene la oralidad para las nuevas pretensiones del contencioso administrativo tales como las meramente declarativas, de condena o prestacionales -a dictar un acto administrativo, hacer cesar una vía de hecho, a prestar un servicio público-, etc., en las que los testimonios, informes de peritos, declaración de partes, confesiones y reconocimientos juegan un rol trascendente para esclarecer los hechos y dictar una sentencia acertada.

7.- Proceso por audiencias y el imperativo de los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos por los procesos orales

El nuevo proceso contencioso-administrativo se caracteriza por ser un proceso por audiencias, esto es, predominantemente oral. Ciertamente, no existen procesos exclusivamente orales, por cuanto, siempre hay fases que, por imperativo de la seguridad jurídica y del principio dispositivo, exigen de la fijación por escrito (v. gr. la de proposición a través de la demanda, contestación, contra-demanda y réplica), sin embargo,

incluso, esta etapa escrita está diseñada para preparar las audiencias –preliminar y juicio oral y público- en las que se produce una interacción o integración concentrada entre todos los sujetos del proceso –las partes, sus representantes, los abogados, testigos, peritos y jueces-. La oralidad en los procesos –y no únicamente en el penal- es una exigencia impuesta por los instrumentos internacionales de los Derechos Humanos, los cuales como sabemos en nuestro ordenamiento jurídico forman parte del Derecho de la Constitución o del bloque de constitucionalidad (artículo 48 de la Constitución Política) y tienen rango supra legal (artículo 7° ibidem). En otras palabras, la oralidad es un derecho humano o fundamental que debe ser desarrollado por el legislador ordinario en los distintos órdenes jurisdiccionales para adecuar los procesos a las exigencias de los instrumentos internacionales de los Derechos Humanos. Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 10 indica que *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*; por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 8, párrafo 1°, como parte de las Garantías Judiciales, que toda persona tiene derecho *“(..) a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 ordena que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*. Estos instrumentos internacionales de los Derechos Humanos consagran el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un Tribunal, ya no solo para las cuestiones de orden penal, sino para la determinación de sus derechos u obligaciones de cualquier carácter, esto es, administrativos, tributarios, laborales, agrarios, comerciales, civiles, de familia, etc., derecho que, únicamente, se hace efectivo a través de los procesos por audiencias.

II.- Regulación de la oralidad en el nuevo proceso contencioso-administrativo¹⁹

El CPCA en el Título V “*Actividad procesal*”, dedica tres capítulos exclusivos a la oralidad, que son el IV sobre las “*Disposiciones Generales aplicables a las audiencias preliminar y complementaria*”, el VI relativo a la “*Audiencia preliminar*” y el VII atinente al “*Juicio oral y público*”. Fuera, de tales capítulos específicos, encontraremos en el CPCA una serie de normas dispersas que fortalecen la oralidad como principio procedimental, al disponerse la necesidad de realizarse una audiencia oral en diversos estadios procesales.

1.- *Disposiciones comunes*

a) Principios de la oralidad (artículo 85.1 CPCA)

El artículo 85, párrafo 1º, le impone al juez tramitador y al Tribunal asegurar durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad. Consecuentemente, la inobservancia de tales principios puede provocar vicios en el proceso y en la sentencia que pueden ser pasibles del recurso de casación en cuanto forman parte del contenido de los derechos fundamentales al debido proceso y a una justicia pronta y cumplida, de ahí la importancia por identificarlos.

b) Contradictorio, verdad real y concentración (artículo 85.2 CPCA)

Existe un nexo inescindible entre la bilateralidad de la audiencia o el contradictorio que se produce en toda audiencia oral y la verdad real, por cuanto, la inmediación le permite al órgano jurisdiccional, a partir de las declaraciones o posiciones contrapuestas de las partes interesadas y de las preguntas, aclaraciones y precisiones que formule al evacuar la prueba testimonial, confesional y pericial, indagar de manera fiel y exhaustiva la verdad real. La concentración, por su parte impide la fragmentación o dispersión del proceso, con lo cual se evitan los tiempos muertos y, sobre todo, las dilaciones indebidas o retardos injustificados tan propios de los procesos escritos y formalistas.

c) Asistencia e inasistencia de las partes a las audiencias (artículo 86 CPCA)

¹⁹ V. Jinesta Lobo (Ernesto), *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*, San José, IUSconsultec-Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 203-226 y Jinesta Lobo (Ernesto) et al., *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, San José, Poder Judicial, 2006, pp. 285-355.

La regla general es que las partes o sus representantes, debidamente acreditados en autos, deben asistir a las audiencias o comparencias a las que sean convocados para el logro de los objetivos de la oralidad (artículo 86.1). Si la parte o sus representantes comparecen tardíamente a la audiencia, deben tomarla en el estado en que se encuentre, sin retroacción de las etapas ya cumplidas (artículo 86.3).

La ausencia injustificada de cualquiera de las partes o sus representantes, no impedirá la celebración de la respectiva audiencia (artículo 86.2). Si la ausencia es justificada y acreditada, la audiencia puede diferirse por una sola vez, a juicio del juez tramitador o del Tribunal (artículo 86.4).

d) Distribución de la palabra entre los representantes (artículo 87 CPCA)
Por razones de orden y racionalización del tiempo si una de las partes cuenta con varios abogados, éstos deben distribuirse el uso de la palabra y demás funciones, lo cual debe ser comunicado, antes de iniciarse la audiencia, al juez tramitador o al Tribunal. El artículo 11 del CPCA establece que si durante las audiencias, una parte tiene dos o más personas abogadas, deberán distribuirse el uso de la palabra y demás funciones, lo que se debe comunicar al juez tramitador o Tribunal, según el caso.

e) Resoluciones verbales durante las audiencias (artículo 88 CPCA)
Un elemento indispensable para lograr los propósitos de la oralidad es que las resoluciones dictadas en el curso de la audiencia, lo sean verbalmente y queden notificadas en ese mismo acto. Obviamente, el dictado verbal de la resolución e, incluso, que se asiente lacónicamente en el acta que se levante al efecto, no exime al órgano jurisdiccional de motivarla suficientemente en los antecedentes fácticos y jurídicos que sean pertinentes, fundamentación necesaria en aras del debido proceso y la defensa y que debe quedar suficientemente respaldada, para que, ulteriormente, si la parte desea impugnarla pueda verificar las razones del órgano jurisdiccional para resolver en un sentido u otro. Esta norma resulta, absolutamente congruente con los principios de la inmediatez, la concentración y, sobre todo, con el derecho fundamental a una justicia pronta o a un proceso en un plazo razonable, por cuanto no hay que esperar a que la resolución sea materializada en un documento y luego comunicada, sino que en la propia audiencia se dicta verbalmente y se tiene por notificada.

El artículo 88 CPCA resulta aplicable a toda resolución, término que por su acepción genérica incluye las providencias, los autos, los autos con carácter de sentencia y la sentencia, de modo que nada obsta, también, para entender que esta norma constituye la habilitación legislativa expresa para el dictado de autos, autos-sentencia y sentencias de forma verbal con el propósito de llevar la oralidad hasta sus últimas consecuencias, siendo el único valladar el respeto de los derechos al debido proceso y la defensa.

Sobre el particular la Sala Constitucional en el Voto No. 3019-2007 de las 14:30 hrs. de 7 de marzo de 2007 –a propósito de un recurso de hábeas corpus-, señaló lo siguiente: “VI.- (...) *No cabe duda que las audiencias orales son plena garantía para que todas las partes expongan -con garantía del contradictorio- de viva voz sus razones para defender las diferentes pretensiones interlocutorias que podrían afectar los derechos de los intervinientes (...) la oralidad en la audiencia de imposición de medidas cautelares pretende que las partes presenten sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria, lo que significa, en forma paralela –por imperativo de la concentración- que los jueces deben resolver en forma oral e inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida, exclusivamente, en la audiencia, en aras de garantizar el derecho a una resolución pronta y cumplida que analice la privación de libertad y la necesidad de mantener medidas cautelares. Por lo anterior, la fundamentación de su resolución debe hacerse oralmente con la participación de todas las partes intervinientes y con sustento en las alegaciones planteadas en ese escenario. Su decisión se plasma, necesariamente, en un acta de la audiencia oral con el propósito que la decisión pueda ser revisada, posteriormente, por un Superior, pero la amplitud de la fundamentación es necesaria en la audiencia llevada a cabo oralmente con la participación de todos los involucrados (...) La exigencia de fundamentación de la decisión que motiva la imposición de medidas cautelares no disminuye con la realización de una audiencia oral, sino que, por el contrario, se refuerza dicha garantía y se amplía la posibilidad de defensa ante el propio juzgado de garantías (...)*”

f) Recursos procedentes contra resoluciones verbales dictadas en las audiencias (artículo 89 CPCA)

En virtud del deber impuesto en el artículo anterior de dictar resoluciones verbales en las audiencias, se dispone que, con excepción del auto

que resuelve las defensas previas y la propia sentencia, contra toda resolución verbal dictada en las audiencias es posible interponer el recurso de revocatoria. En virtud de la inmediación y la concentración, el recurso debe interponerse en ese mismo momento (artículo 89.1). Adicionalmente, se preceptúa que el recurso debe ser resuelto inmediatamente por el órgano jurisdiccional competente (artículo 89.2), sobra agregar que se debe conceder a las partes la oportunidad de formular los alegatos para sustentar su pretensión recursiva o su defensa, garantizándose efectivamente el contradictorio y la bilateralidad de la audiencia. Es evidente, que este precepto supone un elevado grado de concentración, evitando cualquier fragmentación o dispersión del proceso y tiempos muertos, razón por la cual contribuye, notablemente, en la realización del imperativo constitucional de una justicia pronta.

2.- Audiencia preliminar

a) Extremos que se resuelven en la audiencia preliminar (artículo 90 CPCA)

El CPCA recoge dos de las tres funciones clásicas de la audiencia preliminar que son a) la saneadora o depuradora del proceso, resolviéndose en una sola audiencia, todas las cuestiones que puedan obstaculizar el conocimiento del mérito del asunto –*meritum causae*- (v. gr. incidentes, nulidades, recursos, excepciones previas, cuestiones concernientes a la admisibilidad y validez del proceso –competencia, jurisdicción, capacidad, legitimación, representación, conexidad, litispendencia y cosa juzgada, integración de la litis, etc.), con lo que se abrevia el proceso y b) la esclarecedora de la *causa petenti* (hechos), *petitium* (pretensión), del *thema decidendum* (puntos controvertidos) y de la prueba que debe ser admitida y evacuada.²⁰ En lo relativo a la función conciliadora, el CPCA establece una audiencia de conciliación separada de la preliminar.

²⁰ V. Zeledón Zeledón (Ricardo), El proceso por audiencias orales en el “Código Procesal General”. En la Gran Reforma Procesal –Editor Ricardo Zeledón Zeledón-, San José, Editorial Guayacán, 2000, pp. 9-31; Artavia Barrantes (Sergio), El proceso civil por audiencias y la oralidad (El proyecto del Código Procesal General para Costa Rica), ibidem, pp. 31- 49; Zeledón Zeledón (Ricardo), ¡Salvemos la Justicia! (Humanización y Oralidad para el Siglo XXI), San José, Editorial Guayacán, pp. 99 y siguientes. Artavia Barrantes (Sergio), Sugerencias para introducir la oralidad y otras instituciones procesales en el Derecho Procesal. Consideraciones para una Reforma del Proceso Civil, San José, Poder Judicial-CONAMAJ, 1999, pp. 36-42. Vescovi (Enrique), La reforma de la justicia civil en Latinoamérica, Bogotá, Editorial Temis, 1996, pp. 48-51. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Historia-Antecedentes-exposición de motivos), Montevideo, 2ª. Edición, 1997, pp. 25-38.

La audiencia preliminar pone de manifiesto el carácter atenuado del principio dispositivo, por cuanto, el juez tramitador ejerce de oficio una serie de competencias importantes para depurar el proceso de cara a un eventual juicio oral y público. En esta audiencia se concentra el conocimiento y resolución de una serie de cuestiones de forma, de modo que la preliminar prepara el juicio oral y público en la que se concentra el conocimiento de las cuestiones de fondo. Los extremos que resuelve el juez tramitador en la audiencia preliminar son los siguientes:

- 1º) Saneamiento del proceso: Cuando resulta necesario para su depuración, resolviendo, de oficio o a instancia de parte, todo tipo de nulidades procesales por vicios esenciales en la ritualidad del proceso y toda cuestión no atinente al mérito del asunto, esto es, interlocutoria.
- 2º) Aclaración y ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda, réplica y dúplica: Esta precisión o afinamiento de los extremos de la demanda y contrademanda es de suma importancia, por cuanto, puede comprender cualquiera de sus extremos, es decir, desde el objeto o la pretensión, hasta los hechos y el fundamento de derecho. El ejercicio de esta competencia por el juez tramitador, de oficio o a instancia de parte, procede cuando los extremos indicados resultan oscuros o imprecisos. En lo relativo a los hechos, se admite que en la propia audiencia las partes ofrezcan otros medios de prueba que en criterio del juez tramitador sean de interés para resolver el litigio, únicamente, si se refieran a hechos nuevos o rectificaciones efectuadas en la audiencia.
- 3º) Intervención adhesiva de terceros: El juez tramitador debe resolver en la audiencia preliminar si un tercero tiene interés indirecto en el objeto del proceso para tenerlo como coadyuvante activo o pasivo.
- 4º) Defensas previas: En la audiencia preliminar el juez tramitador conoce y resuelve las defensas previas que afectan la válida constitución del proceso o sus presupuestos, así como aquellas de carácter formal o material que pueden oponerse como tales y que de ser acreditadas provocan la terminación anticipada del proceso.
- 5º) Determinación de los hechos trascendentes controvertidos: Esta

competencia *ex officio* del juez tramitador es de suma importancia, por cuanto, permite definir o determinar claramente y de manera anticipada, de cara al juicio oral y público, el *thema decidendi* y el *thema probandi*. Es una definición anticipada del elenco de los hechos de trascendencia y controvertidos para resolver el asunto que pueden llegar a ser demostrados o no. Por hechos controvertidos debe entenderse aquellos que son objeto de proposiciones contradictorias o con rectificaciones en los escritos de demanda, contestación, contra-demanda y réplica. Desde luego, que existen ciertos hechos que, por su propia naturaleza no son controvertidos como los públicos y notorios que están relevados de prueba.

- 6°) Admisión o rechazo de los elementos probatorios: El juez tramitador resolverá si admite los medios de convicción ofrecidos por las partes, en cuanto se refieran a los hechos trascendentes y controvertidos para ser evacuados en el juicio oral y público. Tiene facultad suficiente para rechazar los medios de prueba evidentemente impertinentes o inconducentes. En caso de no ser evidente, claro o manifiesto el carácter impertinente o inconducente, esto es, cuando el juez tenga algún margen de duda, se debe admitir el medio de convicción.

b) Uso de la palabra e imposibilidad de discutir cuestiones del juicio oral y público (artículo 91 CPCA)

En lo relativo al uso de la palabra se establece un orden sucesivo y lógico, de modo que primero interviene la parte actora, luego la demandada y por último los terceros y coadyuvantes o sus representantes en el mismo orden (artículo 91.1).

Existe el imperativo legal para el juez tramitador de evitar que la audiencia preliminar se transforme en un juicio oral y público, de ahí que cualquier cuestión propia de esa particular audiencia debe reservarse para ese momento, por lo que la discusión debe centrarse en los extremos que señala el artículo 90 CPCA. Es importante que en la audiencia preliminar el juez tramitador ejerza sus poderes de ordenación y dirección para evitar su desnaturalización y prolongación innecesaria (artículo 91.2).

c) Trámite, resolución y recursos respecto de las defensas previas (artículo 92 CPCA)

En caso de haberse interpuesto las defensas previas de demanda plan-

teada por persona incapaz o no debidamente representada, falta de agotamiento de la vía —cuando se opte por ésta—, y que la demanda tenga defectos que impidan verter pronunciamiento en cuanto al fondo (artículo 66.1, incisos b, c y d), el juez tramitador de estimarlas procedentes, debe conceder un plazo de 5 días hábiles a la parte actora, para que corrija cualquier defecto, con suspensión de la audiencia, sea de oficio o a instancia de parte (artículo 92.1).

En caso de no corregirse o subsanarse los defectos en el plazo indicado, el juez tramitador debe acoger la defensa previa y declarar inadmisibles la demanda (artículo 92.2). No obstante, si la parte actora corrige los defectos, se le concede audiencia a la parte demandada por 3 días, luego de lo cual el juez tramitador decide si continúa o no el proceso (artículo 92.3), en cuyo caso, de haberse producido una subsanación efectiva, continúa para resolver otros extremos.

En el caso de la defensa previa de falta de integración de la litis consorcio necesario (artículo 66.1, inciso f), el juez tramitador al acoger la excepción, debe anular lo actuado y retrotraer el proceso a la etapa oportuna para integrar la litis y garantizar el debido proceso y la defensa (artículo 92.4). Resultan aplicables, aquí los principios y reglas del artículo 71.3, en cuanto a la conservación, por razones de economía procesal, de las actuaciones irrepetibles, en las que no sea indispensable la actuación de litis consorte o aquellas respecto de las cuales éste manifieste su conformidad en conservar.

En lo relativo al resto de las defensas previas, si son acogidas, el juez tramitador declara inadmisibles la demanda y ordena el archivo del expediente, siendo que debe consignar el texto íntegro del fallo en los 5 días posteriores a la realización de la audiencia (artículo 92.5). Contra el auto-sentencia que acoge las defensas previas de pretensión deducida contra actos no susceptibles de impugnación, litis pendencia, transacción, cosa juzgada, prescripción o caducidad del derecho (artículo 66.1, incisos g, h, i, j y k) o cualquier otra que impida la prosecución del proceso, cabe, únicamente, el recurso de casación que será conocido y resuelto por el Tribunal de Casación (artículo 92.6).

Respecto de la resolución que desestima las defensas previas no cabe recurso alguno, sin perjuicio de su posterior examen al momento de dictar sentencia (artículo 92.7).

d) Prueba admisible e inadmisible, principio de la verdad real (artículo 93 CPCA)

La prueba debe ser declarada inadmisibile por el juez tramitador cuando exista conformidad acerca de los hechos, esto es, cuando no son controvertidos, salvo que haya mediado rebeldía del demandado, en cuyo caso, previa valoración de las circunstancias por el juez, se podrá admitir u ordenar la que se estime necesaria (artículo 93.1).

La prueba será admisible cuando exista disconformidad en cuanto a los hechos y sean controvertidos, siempre y cuando sean de indudable trascendencia para resolver el caso (artículo 93.2).

El párrafo 3º del artículo 93 vuelve a subrayar la importancia del principio de la verdad real o histórica de los hechos, al indicar que cuando resulte útil para esclarecerla, el juez tramitador puede ordenar, de oficio, la recepción del cualquier prueba no ofrecida por las partes, con lo cual se reitera la atenuación o relatividad del principio dispositivo con tintes del principio de oficiosidad. El CPCA incorpora, entonces, el principio de la apertura o amplitud de prueba, de modo que debe ordenarse practicar toda prueba que resulte útil y pertinente para averiguar la verdad real o material

e) Preparación de la prueba pericial (artículo 94 CPCA)

El juez tramitador tiene entre sus competencias, la de preparar la prueba pericial para el juicio oral y público, de modo que para ese momento procesal ya se encuentren rendidos los informes o dictámenes pertinentes.

En caso de haberse ofrecido prueba pericial por alguna de las partes, el juez tramitador, debe designar en la audiencia preliminar el perito que por turno le corresponda, a quien se le solicita inmediatamente su aceptación por el medio más expedito y se fija el plazo para que rinda informe (artículo 94.1).

La parte que solicitó esa prueba, debe depositar los honorarios prudencialmente estimados en el plazo máximo de 5 días hábiles contados a partir del siguiente a la celebración de la audiencia preliminar, so pena de prescindirse de medio de convicción (artículo 94.2).

En el plazo dispuesto por el juez para que se rinda el informe, cualquiera de las partes interesadas podrá proponer un perito –de parte- para

reemplazar al designado o que rinda otra experticia, siempre que según el criterio del juez tramitador resulte necesaria su participación (artículo 94.3).

En el plazo máximo de 5 días hábiles a partir de la admisión de la prueba, de oficio o a solicitud de parte, podrá integrarse un equipo interdisciplinario cuando las circunstancias lo exijan para concentrar en una misma actuación los dictámenes (artículo 94.4). En caso de requerirse la participación de las partes, el juez debe coordinar con los peritos y comunicarle a aquéllas, con una antelación de 3 días hábiles, la hora y fecha de las actuaciones periciales (artículo 94.5)

El dictamen pericial se presenta por escrito, firmado, fechado y con una relación detallada de las operaciones practicadas, los resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones, todo sin perjuicio del informe oral que debe presentar el perito en el juicio oral y público (artículo 94.6).

El informe pericial, una vez rendido, debe ser puesto en conocimiento de todas las partes, para efectos del contradictorio y la defensa (artículo 94.7).

f) Ampliación, ajuste y aclaración pretensiones o fundamentos demanda y contrademanda (artículo 95 CPCA)

El artículo 95.1 confirma el carácter atenuado del principio dispositivo en el nuevo proceso contencioso-administrativo, al conferirle la competencia al juez tramitador, de oficio o a instancia de parte, de ampliar, adaptar, ajustar o aclarar las pretensiones o los fundamentos alegados en la demanda, en cuyo caso debe garantizar el contradictorio otorgándole el uso de la palabra a las partes o sus representantes para que aleguen lo que estimen pertinente (artículo 95.1). Este precepto, si es cotejado con el 90.1, inciso b), contiene una innovación, por cuanto, éste hace referencia a la aclaración o ajuste, en tanto que el 95.1 habla de ampliar o adaptar, además de los términos empleados por el primer artículo citado. En realidad, el concepto ampliar –la pretensión o sus fundamentos- tiene mucho más intensidad y alcance que los de aclarar y ajustar. Precisamente, por la posibilidad de la ampliación o adaptación se admite que las partes ofrezcan elementos de convicción no referidos en los escritos de demanda, contestación, contrademanda y réplica, siempre que se refieran a hechos nuevos o rectificaciones (artículo 90.2).

En caso de ampliación, adaptación, aclaración o ajuste de la pretensión y sus fundamentos, se prevé la suspensión de la audiencia por un plazo que no puede exceder de 5 días hábiles, obviamente, con el propósito de garantizar la defensa, el debido proceso y el contradictorio. Consecuentemente, el criterio de necesidad de suspender la audiencia del juez tramitador estará limitado por los derechos fundamentales ya señalados (artículo 95.2).

g) Actuaciones y manifestaciones del juez tramitador durante audiencia preliminar (artículo 96 CPCA)

La regla general es que todas las actuaciones desplegadas, manifestaciones vertidas y resoluciones dictadas por el juez tramitador durante la audiencia preliminar e, incluso, antes de ésta, no prejuzgan el mérito del asunto, ni podrán constituir motivo de impedimento, excusa o recusación esgrimible por las partes. Esta disposición, tiene sentido en cuanto, eventualmente, el juez tramitador, bajo ciertas circunstancias excepcionales, puede llegar a integrar el Tribunal de juicio.

h) Normativa supletoria aplicable audiencia preliminar, facultades juez tramitador y acta (artículo 97 CPCA)

En lo que resulte conducente, se aplican las normas del juicio oral y público a la audiencia preliminar (artículo 97.1).

El juez tramitador tendrá en la audiencia preliminar las mismas facultades y poderes del Presidente del Tribunal de juicio, según el artículo 99 (artículo 97.2).

De la audiencia preliminar se levanta un acta según los términos del artículo 102 (artículo 97.3).

i) Prescendencia juicio oral y público en asuntos de puro derecho y en los que no existe prueba que evacuar (artículo 98 CPCA)

Concluida la audiencia preliminar, en aras de la concentración y economía procesal, el juez tramitador debe citar inmediatamente a las partes para el juicio oral y público, previa coordinación con el Tribunal para fijar hora y fecha (artículo 98.1). No obstante, se prevé la posibilidad de prescindir del juicio oral y público, tratándose de asuntos de puro derecho (v. gr. cobertura de un acto de aplicación específica en una norma reglamentaria; interpretación de un concepto jurídico indeterminado empleado por la ley, etc.) o en los que no existe prueba que evacuar, por

cuanto toda fue ofrecida en los escritos iniciales o existe conformidad sobre los hechos, en cuyo caso en la audiencia preliminar el juez tramitador debe concederles el uso de la palabra para que formulen conclusiones, las cuales deben ser respaldadas literalmente por los medios tecnológicos que se estimen pertinentes y acto seguido remite el expediente al Tribunal de juicio para que dicte sentencia (artículo 98.2). El CPCA no lo señala pero el Tribunal de juicio podría discrepar fundadamente que se trate de un asunto de puro derecho o en el que no haya prueba que evacuar, en cuyo caso, por economía procesal debe proceder a fijar hora y fecha para el juicio oral, sin necesidad de devolverle el expediente al juez tramitador. En último término, el órgano que define si es, efectivamente, un asunto de puro derecho o en el que no existe prueba por evacuar es, evidentemente, el Tribunal de juicio a quien, desde luego, no lo vincula el criterio del juez tramitador. El juez tramitador cumple un rol saneador y depurador del proceso, en tanto que el juez de los hechos, por antonomasia, lo constituye el Tribunal de juicio.

El Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda (adoptado en la Sesión de Corte Plena No. 02-08 de 21 de enero de 2008, artículo IX), dispone que, en tales supuestos, la sentencia debe dictarse en el plazo máximo de 15 días hábiles siguientes a la remisión del expediente por el juez tramitador (artículo 82, párrafo 4°).

3.- Juicio oral y público

El juicio oral y público tiene por objeto, según la doctrina, tres actos procesales claramente delimitados que son los siguientes: a) la evacuación de la prueba; b) la formulación de las conclusiones sobre los aspectos fácticos y jurídicos y c) el dictado inmediato o diferido de la sentencia.²¹

a) Constitución del Tribunal de juicio, naturaleza de la audiencia, funciones de la presidencia y comportamiento de las partes y del público (artículo 99 CPCA)

El Tribunal debe constituirse en la sala de audiencias en la fecha y hora fijados, acordando cuál de sus integrantes preside la audiencia.

²¹ Artavia Barrantes (S.), Sugerencias para introducir la oralidad y otras instituciones procesales en el Derecho procesal. Consideraciones para una Reforma del Proceso Civil, p. 42.

El presidente debe verificar la presencia de las partes o sus representantes y, cuando proceda, de los coadyuvantes, testigos, peritos e intérpretes, después de lo cual declara abierta la audiencia y advierte a los presentes de su importancia y significado (artículo 99.1).

La audiencia será, por regla general, pública, salvo que el Tribunal por resolución motivada disponga que será reservada o de acceso restringido (artículo 99.1), todo según la naturaleza de las cuestiones debatidas (v. gr. si afecta el honor de una persona, si se revelan datos sensibles o confidenciales - protegidos por secreto bancario o industrial- de una de las partes, si está de por medio información que ha sido declarada por ley como secreto de Estado, si se trata de información no divulgada, si existen menores de edad, etc.).

El presidente debe dirigir la audiencia, ordenar las lecturas necesarias, efectuar las advertencias de ley, recibir juramento y las declaraciones, ejercerá el poder de disciplina y moderará la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o injustificadamente prolongadas, además debe rechazar las solicitudes improcedentes o dilatorias con respeto del derecho de defensa de las partes (artículo 99.2).

Los asistentes a la audiencia pública –tanto las partes, sus representantes, testigos, peritos, interpretes como el público en general- deben permanecer con actitud respetuosa y en silencio en tanto no sean autorizados para exponer o responder preguntas. No podrán portar armas ni otros objetos aptos para incomodar u ofender, deben abstenerse de incurrir en comportamientos intimidantes o provocativos o de producir disturbios (artículo 99.3).

b) Carácter ininterrumpido de la audiencia y eventuales suspensiones (artículo 100 CPCA)

La audiencia oral y pública se debe realizar sin interrupción y durante las sesiones consecutivas que se estimen necesarias para su conclusión (artículo 100.1). Estas sesiones consecutivas pueden estar conformadas, incluso, por varios días según la complejidad de los puntos debatidos y el volumen de prueba que haya que evacuar.

El CPCA establece varios supuestos en que resulta admisible la suspensión de la audiencia, que son los siguientes:

- a) Cuando debe resolverse alguna gestión que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente;
- b) cuando es necesario practicar fuera del lugar de la audiencia un acto que no pueda ser realizado en el intervalo entre una sesión y otra;
- c) cuando no comparecen testigos, peritos o intérpretes cuya intervención es indispensable, salvo que se pueda continuar con la recepción de otras pruebas hasta que el o los ausentes sean conducidos al recinto con la ayuda de la fuerza pública;
- d) si alguno de los jueces, alguna de las partes, sus representantes o abogados estén impedidos por justa causa, salvo que los dos últimos mencionados puedan ser remplazados;
- e) cuando alguna manifestación o circunstancia inesperada produce en el proceso alteraciones sustanciales y haga indispensable evacuar prueba extraordinaria, esta causal de suspensión está relacionada con las facultades del Tribunal de ampliación, adaptación, ajuste o aclaración de la pretensión y de sus fundamentos (artículo 95.1).

Para el caso de las ausencias justificadas de alguno o algunos jueces del Tribunal para asistir o continuar en la audiencia se prevé que el Tribunal designe uno o dos suplentes que integren, inmediatamente, el Tribunal, adicionalmente, un juez tramitador puede ser llamado para suplir ausencias integrándose al Tribunal, siempre que no haya participado en la instrucción y saneamiento del proceso que se resuelve (artículo 95.2).

La suspensión del proceso por las causales indicadas puede ascender a un máximo de 5 días hábiles, salvo que, por criterio fundado del Tribunal exista motivo suficiente para otorgar una suspensión mayor (artículo 95.3), entendemos que no puede, en ningún caso, ser igual a 15 días, puesto que, en este supuesto se produce la nulidad de todo lo actuado y resuelto, salvo de los actos y actuaciones irreproductibles.

El carácter ininterrumpido de la audiencia, no enerva la posibilidad que el Tribunal pueda disponer los recesos que considere pertinentes,

siempre que no se afecte la unidad y concentración en la evacuación de la prueba (artículo 95.4).

En aras de la concentración a la que tiende la oralidad se dispone que si la suspensión de la audiencia impide la reanudación después de transcurrido el plazo de 15 días, todo lo actuado y resuelto será nulo de pleno derecho, salvo las actuaciones irreproducible, las que mantienen su validez para la nueva audiencia que debe ser convocada (artículo 100.5).

c) Continuación de la audiencia suspendida (artículo 101 CPCA)

Decidida la suspensión el Tribunal anuncia la hora y fecha de la continuación de la audiencia, ese anuncio equivale a la citación. La audiencia continúa después del último acto cumplido inmediatamente antes de disponerse la suspensión. Los jueces y abogados pueden intervenir en otros juicios en tanto esté suspendida la audiencia.

d) Acta del juicio oral y público (artículo 102 CPCA)

El acta del juicio oral y público debe contener los siguientes elementos (artículo 102.1):

- a) El lugar y la fecha de la vista, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y las reanudaciones.
- b) El nombre completo de los jueces.
- c) Los datos de las partes, sus abogados y representantes.
- d) Un breve resumen del desarrollo de la audiencia, con indicación, cuando participen en ésta, del nombre de los peritos, testigos, testigos-peritos e intérpretes, así como la referencia de los documentos leídos y de los otros elementos probatorios reproducidos, con mención de las conclusiones de las partes.
- e) Las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la audiencia y las objeciones de las partes.
- f) La observancia de las formalidades esenciales.
- g) Las otras menciones prescritas por ley que el Tribunal ordene hacer; las que soliciten las partes, cuando les interese dejar constan-

cia inmediata de algún acontecimiento o del contenido de algún elemento esencial de la prueba y las revocatorias o protestas de recurrir.

- h) Cuando así corresponda, la constancia de la lectura de la sentencia.
- i) La firma de las partes o de sus representantes y de los integrantes del Tribunal. En caso de renuencia de los primeros, el Tribunal dejará constancia de ello”

En los casos de prueba compleja el Tribunal puede ordenar la transcripción literal, mediante cualquier método (artículo 102.2), realmente si existe un respaldo en DVD de la audiencia, no existe motivo para esto, salvo que en la audiencia se haga una sinopsis de la prueba.

El Tribunal debe respaldar el debate o el juicio mediante cualquier mecanismo técnico, siendo el más idóneo el DVD que recoge la imagen y el sonido, siendo que debe conservarse el respaldo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de las reproducciones fidedignas que puedan realizar las partes (artículo 102.3). Este respaldo o grabación tiene por propósitos servir de consulta al Tribunal, para en el momento de deliberar, recordar algún aspecto de interés durante el debate –alegatos de las partes, testimonios, ampliación del peritaje, etc.-, verificar la regularidad en el desarrollo de la audiencia, facilitarle a las partes los argumentos para interponer un recurso y para el órgano jurisdiccional que conoce de los recursos fiscalizar la actividad del inferior.

Obsérvese como la norma utiliza términos como hacer referencia o mención, con lo cual se suprime el celo infundado de transcribir literalmente lo que acontece en la audiencia y, por consiguiente, el prurito de la escriturad, cobrando mayor importancia lo que ocurre en la audiencia que la confección del acta. El acta es una simple comprobación documental de las actuaciones realizadas durante la audiencia y, por consiguiente, un reflejo limitado de su validez y regularidad, puesto que, tales extremos se pueden determinar a partir del respaldo o grabación.

Sobre el particular, la Sala Constitucional en el Voto No. 17955-07 de las 14:35 hrs. de 12 de diciembre de 2007, estimó lo siguiente:

“IV.- (...) Cabe advertir que la oralidad en los procesos ante la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comu-

nicación se ve, aún más, potenciada y reforzada, puesto que, basta con levantar un acta lacónica que indique, grosso modo, las vicisitudes de la audiencia, dado que, es gravada y respaldada en un DVD, del cual pueden las partes solicitar copia para ejercer el derecho de defensa. Por su parte, cualquier otra instancia que deba verificar la motivación o fundamentación de las resoluciones orales adoptadas, también puede acudir a ese medio. Estas nuevas herramientas tecnológicas le permiten al órgano jurisdiccional ocuparse de la audiencia y las resoluciones que dicte verbalmente, más que de su respaldo escrito”.

e) Consultor especializado de parte y del Tribunal (artículo 103 CPCA)
Las partes pueden solicitarle al Tribunal la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, el cual decide su designación según las reglas aplicables a los peritos, sin asumir esta última condición. El Tribunal, por su parte, puede citar a la audiencia a un consultor para efecto de ilustración y excepcionalmente, para que interroge peritos y testigos (artículo 103.1).

El consultor técnico puede presenciar las operaciones periciales y formular observaciones durante su ejecución, sin emitir un dictamen (artículo 103.2).

Durante la audiencia oral y pública las partes podrán ser auxiliadas por un consultor (artículo 103.3).

f) Etapas del juicio oral y público (artículo 104 CPCA)
Luego de la constitución del Tribunal, la verificación de la presencia de las partes, representantes, terceros interesados, peritos y testigos, las advertencias y declaratoria de apertura de la audiencia, la parte actora y demandada, en ese orden, resumen los fundamentos de hechos y de derecho en que sustentan sus pretensiones y manifiestan lo pertinente para la defensa de sus situaciones jurídicas (artículo 104.1). Posteriormente, el Tribunal recibe la prueba en el siguiente orden: pericial, testimonial, testigos-peritos y confesional (artículo 104.2).

g) Discusión de los peritajes (artículo 105 CPCA)
Según lo establecido en el artículo 94 CPCA el juez tramitador prepara la prueba pericial, por lo que en el juicio oral y público se discuten los informes y sus conclusiones (artículo 105.1).

Los peritos son citados y deben responder las preguntas que les formulen las partes, pudiéndose solicitar en ese mismo acto adiciones o aclaraciones (artículo 105.2).

Los peritos pueden consultar documentos, notas y publicaciones durante su declaración, en caso de ser necesario el presidente del Tribunal puede ordenar la lectura del dictamen, asimismo el Tribunal puede ordenar que se realicen las operaciones periciales en la audiencia (artículo 105, párrafos 3°, 4° y 5°).

h) Testigos y testigos-peritos (artículo 106 CPCA)

El presidente del Tribunal debe llamar a los testigos y testigos peritos, comenzando por los ofrecidos por el actor y continuando por los propuestos por el demandado (artículo 106.1).

Para garantizar el carácter fidedigno de las deposiciones, los testigos deben ser incomunicados antes de declarar, por lo que no deben ver, oír o ser informados de lo que sucede en la sala de audiencia (artículo 106.2). Incluso, después de rendida la declaración el presidente puede ordenar que continúe la incomunicación, que presencien la audiencia o se retiren (artículo 106.3). La falta de incomunicación de los testigos no será óbice para que el Tribunal reciba la declaración y considere esa circunstancia al valorar la prueba (artículo 106.4).

i) Interrogatorio de los testigos (artículo 107 CPCA)

Después de juramentar al testigo, se le concede la palabra para que indique cuánto sabe sobre el hecho respecto del cual versa la prueba (artículo 107.1), expresando la razón de su información y el origen de su conocimiento (artículo 107.4). Concluida la deposición del testigo, procede el interrogatorio directo de las partes, comenzando por la que lo propuso y luego el resto en el orden que estimen el Tribunal conveniente. Finalmente, los miembros del Tribunal podrán efectuar el interrogatorio del testigo (artículo 107.2). El presidente del Tribunal debe ordenar el interrogatorio y evitar que el deponente conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, evitando cualquier presión indebida y ofensa a la dignidad de las personas. Las partes pueden impugnar las resoluciones interlocutorias de quien preside cuando limitan el interrogatorio u objetar las preguntas formuladas, en cuyo caso el Tribunal podrá ordenar el retiro temporal del declarante para resolver de inmediato (artículo 107.3).

j) Confesional (artículo 108 CPCA)

El confesante rendirá su declaración bajo juramento, pudiendo los jueces, la parte contraria o su abogado formularle preguntas pertinentes, hacer notar las contradicciones y pedir aclaraciones.

k) Conclusiones (artículo 109 CPCA)

Una vez evacuada la prueba, las partes emiten sus conclusiones acerca de los elementos de hecho y de derecho que dan sustento a su pretensión, todo por el tiempo que fije el Tribunal.

l) Recepción nuevas pruebas o ampliación de las incorporadas (artículo 110 CPCA)

Durante la deliberación el Tribunal puede estimar absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, razón por la cual puede ordenar, previa comunicación a las partes, la reapertura de la audiencia, en este caso la discusión queda limitada al examen de los nuevos elementos de prueba (artículo 110.1). Esa prueba puede ser evacuada y valorada por el Tribunal aunque alguna de las partes o ambas no asistan a la audiencia (artículo 110.2).

ll) Deliberación y dictado de sentencia (artículo 111 CPCA)

Concluida la audiencia oral y pública, el Tribunal debe deliberar inmediatamente –en aras de la concentración e intermediación- y proceder a dictar sentencia. Estimamos que lo ideal es que exista un receso para la deliberación y luego se reanude la sesión para que el Tribunal, si puede hacerlo, dicte oralmente la sentencia íntegra, en caso de imposibilidad debe emitir, por lo menos, la parte dispositiva. El Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda (adoptado en la Sesión de Corte Plena No. 02-08 de 21 de enero de 2008, artículo IX), insiste en que la sentencia debe ser dictada en forma oral, respaldándola debidamente a través de los medios tecnológicos que posea o disponga el Poder Judicial, siendo que, únicamente, cuando sea estrictamente necesario se debe dictar por escrito (artículos 47, párrafo 1º, y 83, párrafo 1º).

El CPCA prevé que en casos complejos –calificación que debe efectuarla el Tribunal y comunicárselo a las partes antes de finalizar la audiencia- la sentencia debe notificarse en el plazo máximo de los 15 días hábiles siguientes a la terminación del juicio oral y público (artículo 111.1).

Vencido el plazo máximo de los 15 días, se produce una infracción a la intermediación y concentración, con lo cual todo lo actuado y resuelto será nulo –salvedad hecha de las actuaciones irreproductibles–, debiendo repetirse el juicio ante otro Tribunal encargado de dictar sentencia, adicionalmente le acarrea responsabilidad al juez miembro del Tribunal que incurre en la falta (artículo 111.2).

En lo relativo al voto salvado, el Juez disidente debe tener las consideraciones preparadas en el plazo de los 15 días hábiles siguientes a la terminación del juicio para que se notifique el voto de mayoría junto con el de minoría. En caso de incumplirse el plazo referido, se notifica el voto de mayoría y caduca la facultad de salvar el voto (artículo 111.3).

4.- Otros preceptos que establecen la oralidad

Como lo indicamos, existe el CPCA un conjunto de preceptos que introduce la oralidad en otras fases del proceso, así el artículo 24.2 prevé la realización de una audiencia oral para la adopción de medidas cautelares si el Tribunal lo estima necesario.

El ordinal 57 habilita al órgano jurisdiccional para dictar resoluciones orales.

Los artículos 132.3 y 152.2 prevén la posibilidad de interponer recurso de revocatoria oral contra los autos dictados en el curso de las audiencias.

El artículo 133.2 prevé la posibilidad de una audiencia oral cuando cabe el recurso de apelación.

Los artículos 142.2, 143.4, 144, 145.3, 148.2 y 149.1.4., establecen la audiencia oral para sustanciar el recurso extraordinario de casación, como lo hace, para el de revisión, el artículo 152.2. Asimismo el artículo 152.1 prevé el recurso de revocatoria contra el auto que deniega la audiencia oral en la casación.

Finalmente, el artículo 186.2 prevé una audiencia oral en el proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros.

PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS Y PROTECCIÓN DE INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

Por Luis Cordero Vega

1. Introducción.

Para el análisis de cualquier trabajo temático resulta necesario, para poder definir adecuadamente los contornos de una exposición académica, precisar cuales son las consideraciones constitucionales y legales de todo debate en torno al Derecho Público. En efecto, es difícil sostener que el contenido concreto de una disposición constitucional es inmutable, a despecho del modo en que es entendida y aplicada. En los hechos, entre los llamados “operadores del derecho” hay ciertas prácticas o convenciones que demuestran cómo éstos entienden lo que la Constitución dispone,¹ toda vez que las formas convencionales del discurso jurídico,² son prácticas políticas y, más aún, prácticas que producen efectos sociales.³ Por esto resulta razonable para los problemas del Derecho, y en particular del Derecho Administrativo, desentrañar las convenciones sobre las cuales han sido generados determinados discursos y problemas, por lo cual resulta fundamental deconstruir su argumentación, para disponer de un panorama explícito y no inducido de nuestras controversias jurídicas.

¹ Atria 1997, págs. 21 y 22.

² Significados; la forma en que los generadores del derecho, tales como administradores, jueces, estudiosos, abogados practicantes y profesores de derecho, hablan y analizan cotidianamente la vida social y el rol del derecho como regular de esta última.

³ Gordon 1999, págs. 147 y 148.

Existe consenso en que el rol de la justicia administrativa es fiscalizar las decisiones administrativas enjuiciándolas plenamente tanto desde el punto de vista de Derecho como de los hechos, de manera que supone un control pleno en tres escalones: la definición del Derecho aplicable, la determinación de los hechos y la verificación de la corrección de la subsunción realizada por la Administración.⁴ Dentro del mismo consenso, hay acuerdo en que se ha producido en las últimas décadas un cambio de paradigma sustantivo en la justicia administrativa abandonando el sustrato tradicional sobre el cual fue construido, es decir, la garantía de legalidad objetiva, sustituyéndolo por un verdadero derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de cualquier derecho material de que pudiese disponer el ciudadano, lo que ha significado una verdadera ampliación de las potestades tutelares del juez contencioso.⁵

De este modo, la interrogante que debemos abordar es cómo en el contexto de la evolutiva de la justicia administrativa, admitimos construir un modelo de tutela eventual a hipótesis adicionales a aquellas sobre las cuales se ha producido esta evolución, lo cual nos exige presentar los dilemas de la justicia administrativa tras la protección de intereses difusos o colectivos.

Si en el procedimiento administrativo se encuentra sujeto a deliberación los aspectos esenciales de una decisión pública y en ella también, como sucede en la mayoría de los países con tradición europea continental, tienen la calidad de interesados quienes son titulares de intereses individuales y colectivos,⁶ la pregunta es cuanto impacta esa distinción al momento de requerir la intervención del juez administrativo.

A continuación analizaremos los aspectos tradicionales de la justicia administrativa (I), explicaremos el rol tutelar subjetivo de lo contencioso administrativo (II), analizaremos como los contornos de los intereses difusos o colectivos pueden servir al enfrentar nuevos roles y qué impactos éstos pueden tener en el rol de los jueces (III) y finalmente expondremos brevemente la experiencia chilena de lo contencioso, con dos análisis parciales uno en materia ambiental y el otro en materia de acceso a la información pública (IV).

⁴ Schmindt – Assmann 2003, pág. 230.

⁵ García De Enterría 2007, págs. 129 y 130.

⁶ Ver por ejemplo art. 21 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo Chilena.

2. El objetivo central de lo contencioso administrativo.

Como se sabe, desde la perspectiva tradicional, el principal objeto de los procedimientos contenciosos administrativos fue la pretensión de anulación que parte de concebir como presupuesto de la actuación administrativa expresada a través de un acto administrativo que, sin embargo, incurre en una de las causales de nulidad establecidas por regla general en los lentes del procedimiento administrativo. Ante ello, se recurre al órgano jurisdiccional para que este realice una mera revisión de legalidad del acto, luego de lo cual, a través de una sentencia declarará si dicho acto es o no, contrario a derecho.⁷

En efecto, tal como se afirma el poder público ejecutivo, por lo que en su construcción opera muy decididamente, además del Estado de Derecho, en los principios del Estado democrático. La intervención judicial presupone así, pues, una previa actuación –para el cumplimiento de su función constitucional específica- del poder público sometido a control, con lo que no altera el estatuto de éste más que en lo necesario, justamente, para la verificación plena de dicho control.⁸

Siguiendo con esta idea, si el proceso contencioso administrativo implica deliberar sobre una pretensión material entre los intereses de los diversos sujetos involucrados, lo que supone la subordinación de uno sobre el otro, si el sujeto contra el cual se formula la pretensión acepta la exigencia formulada contra él, y en consecuencia subordine su interés a la del otro, desaparece la situación de conflicto, pues el Derecho ha sido actuado de forma espontánea. En el ámbito administrativo, esta circunstancia se da cuando la pretensión del particular se ve satisfecha dentro de él; si se quiere, cuando luego del procedimiento administrativo se ha dictado un acto administrativo que satisface el interés del particular.⁹

El acto de la Administración aparece, por tanto, como presupuesto procesal, no ya por el viejo principio de que la jurisdicción administrativa es revisora de la vía administrativa, no ya por el principio de autotute-

⁷ Priori Posada 2002, págs. 152 y 153.

⁸ Parejo Alfonso 2003, págs. 1140 y 1141.

⁹ Priori Posada 2000, pág. 140.

la de la Administración, sino por algo mucho más simple y sencillo, porque sólo tiene sentido poner en marcha la complicada y costosa maquinaria procesal cuando lo que pretendemos del juez no se nos satisfaga por las personas frente a las que formulamos nuestra demanda.¹⁰ Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados.

En nuestra opinión el criterio esencial del control de la Administración reside en el control judicial, que resulta del mandato dirigido por la Constitución al orden jurisdiccional de servir a la tutela de derechos y no a la garantía de legalidad formal.¹¹

Así, la condición del derecho lesionado no sólo tiene relevancia para el acceso a la jurisdicción, sino para la determinación del alcance del control judicial. La acción (contenciosa administrativa) sólo prosperará si la decisión administrativa impugnada infringe el ordenamiento jurídico y la infracción consiste en una lesión de derechos. La mera infracción objetiva del ordenamiento jurídico no es suficiente para poder estimar el recurso interpuesto. En consecuencia, los diseños constitucionales en general exigen una específica conexión de antijuridicidad que, según se ha dicho, se dará solamente cuando la norma infringida sirva también a la protección de los intereses de la recurrente.¹²

Sin embargo, el control de los jueces debe realizarse dentro de los límites de un control en derecho, es decir, se debe limitar a fiscalizar una decisión ya previamente adoptada sobre los parámetros que ofrezca el derecho. No obstante, esta circunstancia es compleja en el caso de, por ejemplo, conceptos jurídicos indeterminados, pues denominaciones lingüísticas imprecisas y amplias pueden llevar fácilmente a que los tribunales, desbordando los límites de un control de derecho, extienda el mismo a cuestiones de oportunidad y decidan éstas de conformidad con sus propias ideas.¹³

¹⁰ González Pérez 1998, pág. 325.

¹¹ Ver por ejemplo el art. 38, inciso segundo, de la Constitución Chilena

¹² Ver en este sentido el art. 38.2 de la Constitución Chilena, así como el debate tras el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn.

¹³ Schmidt – Assmann 2003 pág. 231. debate tras el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn.

Los enunciados normativos imprecisos, o bien las regulaciones programáticas, y los objetivos de política, muchas veces definirán la manera en que es realizado el control judicial. En efecto, estos enunciados son mandatos normativos legislativos conscientes, es decir, el Parlamento considera a dichas competencias como adecuadas, pero en la medida que esta circunstancia sucede aumenta el margen de decisión “libre” de la Administración, lo que se ha ocultado tras el debate de la discrecionalidad.¹⁴ No es este el lugar adecuado para referirnos a este tema, pero lo que si es necesario tener en claro es que afecta seriamente el estándar del control judicial. Esta circunstancia lleva a una especie de impotencia judicial para fiscalizar elementos extrajurídicos de las decisiones que no vulneran ningún límite, impotencia derivada, como es sabido, de los límites intrínsecos a la función judicial y al razonamiento jurídico. Empero, este límite abstractamente tan claro es del todo conflictivo en casos difíciles, lo que considerando el principio de inexcusabilidad y al contenido de estándares de equidad,¹⁵ llevan al juez a ingresar en el espacio de la idoneidad finalista y de la decisión administrativa, lo que ciertamente supone un enfrentamiento sobre los límites de la intervención judicial.¹⁶

Esta delimitación es significativa en el contexto de la definición de los contornos tras la protección de los intereses difusos o colectivos, pues en muchas ocasiones tras ellos existen problemas de elección social que

¹⁴ Sin embargo, tal como señala Malaret 1995, pp. 305 y sgts, cuando el proceso de aplicación de la ley presenta especial complejidad en cuanto a la determinación precisa del supuesto de hecho (discrecionalidad técnica y concepto jurídicos indeterminados), puesto que cuanto más indeterminada aparezca la idea de interés público mayor es la responsabilidad técnico política de la Administración y más completo y razonado debe ser el fundamento de la decisión. En estas circunstancias el control judicial es protagónico, sobre todo en el contenido de la motivación.

¹⁵ Vid. Código de Procedimiento Civil Chileno, art. 170 (193). Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: 5° La enunciación de las leyes, y *en su defecto de los principios de equidad*, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.

¹⁶ Vid, a modo ejemplar Sesin 2004.

Sobre este aspecto Gallego y Menéndez 2001, págs. 89 y 90 el punto de partida en esta cuestión es que la aplicación por la Administración de normas que contienen conceptos que remiten valoraciones está sometida a un *completo control judicial*, como es la regla general (...). La mencionada “presunción de validez” de la decisión administrativa a la que se refiere la jurisprudencia en este ámbito, no debe ser nada distinto a la presunción de validez que la ley establece a favor de todos los actos administrativos; o sea, ni es nada exclusivo de los denominados ámbitos de discrecionalidad técnica. El argumento de que los órganos judiciales carecen de los conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo un enjuiciamiento en estas cuestiones parece desconocer la posibilidad de recurrir a la valoración de la prueba pericial en un proceso contencioso administrativo.

impondrán a los jueces el dilema que al resolver sobre la protección de este tipo de intereses deberán realizar opciones que se encuentran en el límite de la sustitución de la decisión, lo que se puede complejizar mucho más si se considera que en las áreas en donde deberán resolver sobre intereses colectivos o difusos se da una relación normativa de habilitación indeterminada lingüísticamente, evocadora de muchos objetivos de política pública, que compromete finalmente el rol de los jueces, y en especial el del juez contencioso administrativo.

3. La cuestión de los intereses difusos y colectivos: los dilemas tras sus límites.

a) Los desafíos para la justicia administrativa.

Si hemos consentido en afirmar que el rol de la justicia administrativa se encuentra en garantizar una tutela judicial efectiva y que ello se logra a través del establecimiento de tutelas subjetivas de derechos, que siguiendo el derrotero de la dogmática alemana, se ha traducido en una tuición de intereses jurídicamente relevantes,¹⁷ la pregunta razonable será a continuación qué sucede si ampliamos hacia la tutela de intereses difusos o colectivos, según delimitemos su concepto y el rol que le corresponderá a los jueces.

Según se ha sostenido tradicionalmente la tutela de los intereses difusos, públicos o de clase (categorías que resulta indispensable despejar con posterioridad), constituye una de las variadas etapas de la problemática general de acceso a la justicia, asumiendo que esta última viene explicada por dos tradicionales variables: (a) la manera en que el ordenamiento dota de legitimidad (juridicidad) a ciertos intereses; (b) la amplitud y el grado de heterogeneidad con que se conciba el acceso.¹⁸

¹⁷ En este sentido el Tribunal Constitucional Chileno ha sostenido que “: Que, en este contexto, si el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución), puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto “derecho”. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana. (STC Rol 634 – 2006, C. 21º).

¹⁸ Peña 1997, pág. 353

Tradicionalmente los sistemas legales han provisto de legitimidad de intereses a los de carácter individual, atendida la noción tradicional que se ha construido sobre el derecho subjetivo y que desde la perspectiva de la teoría de la tutela jurisdiccional en el Derecho administrativo se exija tal protección,¹⁹ del modo en que se explicó con anterioridad. Por otro lado el acceso a la justicia supone delimitar cómo se accede a la tutela judicial con un menor costo posible a un procedimiento efectivo, entendiendo tal el acceso a la jurisdicción.

Los dilemas que enfrentan las jurisdicciones contenciosas administrativas está dado en la manera en que deben resolver la interrogante de cómo compatibilizar la tutela de derechos individuales reclamados por los afectados con el interés público que representa dicha protección.

En efecto, superada la tradicional concepción de la jurisdicción contenciosa administrativa desde la dimensión objetiva (legitimidad del acto), hemos pasado buena parte de la segunda mitad del siglo XX esforzándonos en explicar el rol de éstas jurisdicciones desde la dimensión subjetiva (tutela de derechos). La pregunta legítima hoy, es hasta dónde dimensionamos esa protección, en que lo público inevitablemente no se compadece necesariamente con lo estatal.

Como se afirma, si aceptamos que la realidad en la cual vivimos es la de una sociedad de producción de masas, de consumo de masas, de turismo de masas, de intercambio de masas, de conflictualidad de masas (en materia de trabajo, de relaciones entre razas, religiones, etc.); conflictos que ya no son de carácter estrictamente individual, sino a menudo también de carácter colectivo, que implican y golpean categorías, clases o actividades, habrá de concluirse que cuando se afecta a los consumidores, a los miembros de una raza o religión, al medio ambiente, ya no se afecta un interés estrictamente privado, como tampoco —per se— el interés público, sino que se afecta un interés colectivo.²⁰

En efecto, los sistemas legales, como sucede con el chileno, siguen centrados de una manera predominante en la tutela de intereses particulares frente a los poderes públicos (concebidos éstos como poderes estatales y no como sociales),²¹ y aunque durante las últimas décadas los

¹⁹ Vid. Cassagne 2005, págs. 265 y sgts.

²⁰ Bordalí 2007 pág. 57.

²¹ Peña 1997, pág. 364.

sistemas legales han provisto de argumentos para dar tutela a intereses colectivos o difusos, los análisis se construyen necesariamente de la consideración subjetiva individual.²²

b) Delimitando los conceptos.

Con el objeto de delimitar adecuadamente los alcances de las categorías de intereses colectivos y difusos, resulta indispensable definir los contornos de cada uno de ellos. Si bien suelen usarse de un modo indistinto, los conceptos son claramente diferentes. Sin embargo, en la literatura se suele afirmar que los intereses difusos o colectivos son aquellos intereses de un sujeto jurídico en cuanto compartidos, expandidos o compatibles, expansibles, por una universalidad, grupo o categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolecen de falta de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción orgánica, en su tutela material y procesal.²³

Por otro lado, la literatura ha señalado que los conceptos intereses difusos y colectivos responden a categorías diferentes, estableciendo como notas diferenciadoras la circunstancia de existir en los intereses colectivos, una relación jurídica entre los titulares de dichos intereses, circunstancias que no se presentarían en los intereses difusos, en los que no existiría relación jurídica entre sus titulares.²⁴ Por este motivo, algunos afirman que el interés colectivo e interés difuso, son conceptos que no son diferenciables sustancialmente, dado que en ambos casos se está en presencia de intereses que van más allá de los intereses individuales que tienen un campo de acción radicado exclusivamente en la persona individualmente considerada.²⁵

Sin embargo, nosotros no participamos de tal conclusión. Compartimos con quienes sostienen que la expresión intereses difusos cubre lo que en análisis económico se denomina externalidades negativas, o sea, la expresión de interés difusos cubre el conjunto de perjuicios que externaliza una cierta actividad económica o social que no resultan compensados o que no resultan absorbidos por el ejecutor de esa misma activi-

²² Cassagne 2005, pág. 286.

²³ Lozano – Higuero y Pinto 1996, pág. 297.

²⁴ González Pérez 2002, pág. 161

²⁵ Bordalí 2007, pág. 65.

dad. Desde este punto de vista los intereses difusos cubren desde daños materiales a varias personas determinadas o determinables; fraudes financieros masivos o productos defectuosos; contaminación; las ofensas no materiales, puramente ideológicas, contra la sensibilidad general como, por ejemplo, la pornografía y la prostitución. La expresión en cambio intereses colectivos cubriría más bien aquellos intereses respecto de los cuales es posible identificar un grupo de personas (a quienes correspondería su titularidad) como una entidad autónoma o independiente diferente de la simple suma de miembros; en otros términos, la expresión intereses colectivos aludiría a intereses ultraindividuales, metaindividuales o supraindividuales en la medida que la titularidad dependería de la pertenencia del sujeto a una colectividad a la cual se le atribuye dicho interés. Por otro lado, la expresión interés público (tras la cual muchos justifican la tutela de intereses difusos y colectivos) posee un más antiguo origen y resulta, rigurosamente hablando, distinta. Interés público, sería en principio aquel interés que se sitúa en la esfera de lo público y que tradicionalmente y primitivamente se imputa al Estado o a los organismos que lo representan. Desde otro punto de vista podría entenderse que es interés público el interés que atinge a las instituciones sociales básicas, que establecen los límites a la legitimidad de la obediencia política, y las instituciones que distribuyen el plusvalor social.²⁶

Nos obstante esta necesaria claridad conceptual para abordar este debate, podemos señalar que en perspectiva comparada cuatro son las tendencias que se pueden apreciar para dar tutela a estos intereses. (a) La primera, la constituye el argumento en orden a sustituir la legitimidad ligada al interés directo sobre la titularidad del derecho que se controvierte, por una relación de legitimidad ligada a una relación ideológica (Capeletti) entre la parte que comparece ante el órgano jurisdiccional y el objeto del litigio (lo que se reclama), de modo que este tipo de legitimidad se predicaría de cualquier persona que tuviese un interés ideológico en que se aplique la ley (es lo que se encuentra detrás de las acciones populares); (b) la segunda, la constituye la denominada doctrina de la atribución, según la cual el grupo no puede considerarse como una entidad independiente, sino como un conjunto de demandantes individuales con pretensiones idénticas, de manera que la controversia se trabaría entre el demandado y cada uno de los miembros del grupo,

²⁶ Peña 1997, pág. 367.

construyéndose una ficción según la cual se asume que se están llevando a cabo procesos idénticos con cada una de las personas que conforman la colectividad afectada (es lo que se encuentra detrás de las acciones colectivas); (c) en tercer lugar, es posible observar (al margen del debate sobre legitimidad) la denominada acción de clase (class action) surgida en el derecho norteamericano como una forma de resolver el problema de acceso a la justicia de intereses públicos o difusos; (d) finalmente, se observan también en los sistemas comparados otras vías de protección de intereses colectivos o difusos, a saber, la institución de organismos públicos altamente especializados para la tutela procesal de determinados intereses colectivos; se observa también, la extensión de los poderes del juez quien no quedaría limitado a disponer de una indemnización del daño sufrido por la parte que acciona, ni en general tampoco limitado a dictar providencias que tiene una eficacia limitada a las partes precedentes en el juicio, por el contrario, el juez está autorizado en estas soluciones para extender el ámbito de su providencia de modo de incluir el daño globalmente producido por el demandado y en general para dictar providencias eficaces incluso para las partes ausentes. Todo esto supone una revolución de conceptos tradicionales de responsabilidad civil, indemnización de perjuicios, rol del juez, así como el efecto de cosa juzgada y del principio contradictorio.²⁷

c) Los impactos para el juez administrativo. La amplitud de la tutela.

En este contexto cuando indicamos que es indispensable demandar del juez administrativo la tutela de intereses colectivos o difusos, debe tenerse en consideración que no sólo existe demanda para ampliar la cobertura de tutela subjetiva impetrada por el ordenamiento jurídico, sino que al ampliar el concepto de la tutela judicial a la protección de los intereses difusos o colectivos, se amplía también el rol de los jueces en los sistemas democráticos, que a diferencia de la tutela colectiva o difusa aplicada a privados, una vez que interviene un organismo de la Administración del Estado en relación a la gestión de dichos intereses, le pedimos a los jueces que resuelvan problemas de elección social o de acción colectiva (regularmente detrás de la tutela de estos intereses). Esta cuestión queda suficientemente clara si ponemos en perspectiva el rol de los legitimados.

²⁷ Peña 1997, p. 370.

En efecto, lo que está detrás del reconocimiento de protección de los intereses difusos o colectivos por vía de legitimidad procesal ante el juez administrativo no es menor. Si los titulares de los precitados intereses (cuya delimitación resultará esencial) disponen de facultades para reclamar la decisión de fondo de una autoridad administrativa, en otros términos, pueden cuestionar la *ratio decidendi* de la autoridad (es decir son titulares de una verdad acción de defensa de los intereses difusos), supone un derecho de participación fuerte en la medida que les otorga un derecho subjetivo para examinar las razones justificatorias de la decisión administrativa.

Si en cambio, los titulares de intereses difusos frente a la Administración tienen el derecho a formular alegaciones (en base a sus derechos a emitir opinión, libertad de información y derecho de petición) y la acción conferida sólo se da para exigir la ponderación adecuada de dichas alegaciones, esos titulares disponen de un derecho de participación débil y carecen de una acción de tutela efectiva.

La distinción recién expuesta es relevante, en el contexto de que a través de ella es posible dimensionar la intervención intrusiva que le podemos reconocer a los jueces en la protección de estos intereses. Si la legitimación es fuerte, entonces los jueces podrán ir más allá de la mera tutela subjetiva (por la naturaleza del interés comprometido y la citada conexión de antijuridicidad), en cambio si la legitimación es débil el juez se transforma en un garante de los procedimientos de decisión de afectación de estos intereses.

Si la protección de los intereses difusos y colectivos se enfrentan a tres clásicos paradigmas: la legitimidad para exigir la tutela, las garantías procesales y los efectos de las sentencias, cuando la demandamos al juez administrativo, debemos resolver la extensión de la tutela en sistemas constitucionales con reservas institucionales regularmente fuertes.

La manera en que los ordenamientos jurídicos resuelvan estas controversias son vitales al momento de promover sistemas democráticos efectivos, pero también son extremadamente claves para definir el límite de los jueces en contextos de amplia cobertura de tutela judicial frente a la Administración como se ha tratado de demostrar en el cuerpo del presente trabajo.

4. El caso chileno. la inexistencia de contencioso y la variabilidad en dos casos: protección del medio ambiente y acceso a la información pública.

Expuesto lo que nosotros creemos son los criterios tras el establecimiento de procedimientos contenciosos administrativos, delimitados los desafíos conceptuales que enfrentamos cuando hablamos de intereses difusos y colectivos y, la manera en que el juez administrativo debe hacerse cargo de ellos, es relevante que expongamos sucintamente algunas cuestiones de la experiencia del sistema chileno en materia contenciosa administrativa, y describamos dos áreas en las cuales ha cobrado algún sentido la tutela de intereses difusos y colectivos.

A. La ironía de la tutela contenciosa administrativa chilena: su inexistencia y sus sucedáneos.

Podríamos decir que la característica central del modelo contencioso administrativo chileno del último siglo ha sido la inexistencia del mismo, pese a los regulares mandatos exigidos por la Constitución. En efecto, la Constitución de 1925 estableció la existencia de tribunales contenciosos administrativos, como órganos de revisión judicial de los actos administrativos, condicionando su creación a la dictación de una ley.²⁸ Sin embargo, dichos tribunales jamás se crearon, porque la ley a la cual hacía mención la Constitución no se dictó, lo que dio origen a una discusión doctrinaria y jurisprudencial de relevancia,²⁹ que terminó resolviéndose en el entendido que mientras no se crearan los tribunales contenciosos administrativos señalados por la Constitución, la competencia era de los tribunales ordinarios.³⁰

²⁸ Artículo 87. CPR (1925). Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materias de ley

²⁹ Tal como lo sostiene Ibañez Santa María 2003, págs. 159 y 169 la ausencia de Tribunales Administrativos, contemplados en la Constitución de 1925, para resolver las reclamaciones que se interpusieren contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas, contribuyó a tornar más drásticas y eficaces la paralegislación y las sanciones de la Administración Pública, pues ellas carecieron de un ámbito legal preciso que debió haberles fijado el Congreso y de la jurisprudencia que habría emanado del Poder Judicial. La falta de dichas sanciones sin regulación en un contexto de amplitud creciente para su aplicación discrecional y arbitraria, distorsionaron el funcionamiento de la Administración.

³⁰ Vid. Pierry 1975/ 1976, pág. 497; Pantoja Bauzá 2001; Silva Cimma 1959, págs. 384 – 386; Jiron

Frente a esta experiencia la Constitución de 1980 promovió nuevamente la creación de los tribunales contenciosos administrativos, está vez desde la perspectiva de la tutela judicial de derechos, pero en su redacción original también condicionó su creación a la dictación de una ley que no se dio,³¹ lo que provocó una reforma constitucional el año 1989, que llevó a que fueran los tribunales ordinarios los considerados competentes para conocer de los asuntos contenciosos administrativos.³²

De este modo, en adelante estos asuntos quedaron sometidos a la jurisdicción ordinaria, tribunales civiles, pero sin el establecimiento de reglas especiales de procedimientos o regulatorias de acciones concretas, quedando entonces las acciones contenciosas administrativas a la reparatoria de daños y la de nulidad de derecho público, ambas sometidas a las reglas generales del juicio ordinario.

¿Qué efectos ha producido en Chile la inexistencia orgánica y funcional de jurisdicción contenciosa administrativa?

Esencialmente dos: (a) la primera que se han creado instancia de reclamación jurisdiccional especiales para diferentes hipótesis de interven-

Varga, Mery Bravo, Sarje Paredes 1959, págs. 201 – 235; Rodríguez Elizondo 1961, págs. 141 a 147; Pantoja Bauzá, 1982, pág. 3; Soto Kloss 1974, págs. 349 – 359.

³¹ Artículo 38. 2°. (CPR) Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o las municipalidades, podrá reclamar ante los *tribunales contenciosos administrativos que determine la ley*, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

³² La reforma constitucional eliminó la frase “contenciosos administrativos”, quedando como competentes “los tribunales que determine la ley”

Esta circunstancia es meridianamente clara en palabras del propio Tribunal Constitucional Chileno. Este afirmaba en 1993 “Que dentro del concepto “causas civiles” (art. 73) a que se refiere la disposición preinserta, se deben incluir todas aquellas controversias jurídico administrativas que se pueden suscitar, y que deben resolver autoridades, que si bien no están insertas dentro de los tribunales que regula el Código Orgánico de Tribunales, están ejerciendo jurisdicción y resolviendo cuestiones que afectan los derechos de las personas. Es lo anterior, por lo demás, el origen de la eliminación que hizo al inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental, la Ley N° 18.825, de 1989, cuyo texto establecía: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. Es decir, la única modificación que sufrió el artículo constitucional citado fue la eliminación de la referencia a lo “contencioso administrativo” cuyo objetivo fue, tal como lo señala el profesor Carlos Andrade Geywitz, en su obra sobre “Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980” que “mientras no se dicte la ley que regule a los tribunales contencioso administrativos, corresponderá a los tribunales ordinarios del Poder Judicial el conocimiento de estos asuntos”. STC Rol N° 176, considerando 6°

ción administrativa, generalmente en áreas de interés regulatorio económico, lo que ha generado un sistema atomizado de reclamación jurisdiccional en contra de la Administración; (b) se ha distorsionado la acción constitucional de tutela de derechos fundamentales, llamada en Chile Recurso de Protección, lo que ha significado transformar una acción de urgencia para la protección de derechos fundamentales, en una acción contenciosa administrativa de carácter anulatorio, frente a la inexistencia de un sistema regular adecuado.³³

¿Por qué es relevante destacar éstas consecuencias? Porque para comprender el caso chileno en materia de cuestiones contenciosas administrativas y de legitimidad procesal, es inevitable referirse al recurso de protección, y su explicación la realizaremos a consecuencia de la legitimación colectiva en materia de tutela ambiental.

b) El recurso de protección en materia ambiental y la legitimidad de intereses colectivos.

El recurso de protección es una acción constitucional que tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, cuando por causa de actos u omisiones arbitrarias o legales éste sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en la Constitución. El afectado en sus derechos fundamentales que la Constitución le reconoce y que sean amparables a través de esta acción, podrá recurrir por sí o por cualquiera en su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva solicitando tutela para sus derechos y garantías, y la Corte debe adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al demandante. Entre los derechos fundamentales amparados por esta vía se encuentra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.³⁴

³³ Ver en este sentido por todos Ferrada (Coord), 2005.

³⁴ Artículo 20. CPR. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1° (derecho a la vida), 2° (igualdad ante la ley), 3° inciso cuarto (juzgamiento por comisiones especiales), 4° (vida privada y honra), 5° (inviolabilidad del hogar), 6° (libertad de conciencia), 9° inciso final (elección del sistema de salud), 11° (libertad de enseñanza), 12° (libertad de opinión), 13° (derecho de reunión), 15° (derecho de asociación), 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto (prohibición de trabajos), 19° (derecho a la sindicalización), 21° (derecho a desarrollar cualquier actividad económica), 22° (no discriminación en materia económica), 23°

La Constitución ha señalado históricamente requisitos diferentes para la acción de protección a favor del medio ambiente, que en relación a los demás derechos amparados. Mientras que para los segundos ha indicado que la procedencia es contra “actos u omisiones” que invistan la calidad de “ilegales o arbitrarias” sin que sea necesario identificar al autor de la lesión del derecho, en el caso de la tutela ambiental la Carta Fundamental, luego de la reforma constitucional de 2005, señala que si bien ésta procede contra “actos u omisiones” hay tutela sólo cuando la acción es “ilegal” y se encuentra dirigida contra “persona o autoridad determinada”.³⁵

Como he señalado con anterioridad la ausencia de un contencioso administrativo en el sistema chileno, pese a los mandatos constitucionales, ha transformado al recurso de protección en un sucedáneo adecuado y que durante muchos años ha funcionado como un verdadero contencioso anulatorio del acto administrativo.

En ese contexto, se ha planteado el debate sobre la legitimidad de la acción y esencialmente tratar de resolver hasta donde es posible admitir un modelo de tutela de intereses colectivos a través del recurso de protección en materia ambiental. La jurisprudencia chilena ha sido históricamente conservadora, en el sentido de que ha aplicado en materia ambiental un estándar de legitimidad semejante a los exigidos para un sistema tradicional de derechos subjetivos, de manera que aún en el caso de acciones interpuestas por colectivos, legítima como actor a quien la ejerza concretamente.

Por ejemplo, la Corte Suprema ha sostenido que cuando un caso afecta a un gran número de personas no es admisible que se legitime procesalmente a un municipio en representación de los vecinos, sino que ésta corresponde a los directamente afectados, aunque el caso sea típica-

(derecho a adquirir toda clase de bienes), 24° (derecho de propiedad), y 25° (derecho de propiedad intelectual) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

³⁵ Hasta antes de la reforma constitucional de 2005, los requisitos de procedencia eran más exigentes, pues sólo se aplicaba a acciones y no a omisiones y, además de la ilegalidad había que acreditar la arbitrariedad. Estos requisitos hacían muy complejo el acceso a la jurisdicción con resultados positivos. La reforma trató de equilibrar los requisitos y ahora procede por “acciones u omisiones”, además que la exigencia es sólo en relación a la “ilegalidad” del acto.

mente de afectación colectiva.³⁶ En otro caso, la Corte sostuvo que aunque se recurra de modo indeterminado y de manera poco precisa y los recurrentes son personas naturales y jurídicas, se debe entender que se recurre por personas determinadas que serán afectadas, incluidos los habitantes de una comuna.³⁷

Sin embargo, se ha ido aceptando con bastante consistencia la naturaleza de tutela colectiva de la acción de protección ambiental en el derecho chileno.³⁸ Por tal razón se ha afirmado que al tener carácter de colectivo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no se reduce el significado de medio ambiente a la residencia del recurrente o lugar en donde desarrolla sus actividades (entorno inmediato necesario para la vida); sino también incorpora lo relacionado al ser humano que resulta necesario para que éste desarrolle sus potencialidades. Entre ellas, el entorno necesario para alcanzar la mayor realización espiritual y material posible que asegura el artículo 1 inciso 4° de la Constitución Política de la República.³⁹ Esta cuestión es de interés porque la propia Corte Suprema ha definido medio ambiente en similares términos, al señalar que “el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Carta Fundamental y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y a la fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con su

³⁶ Sentencia Corte Suprema, 09 de Agosto de 2007, Rol N° 3.535 – 2007. El caso corresponde a malos olores expedidos por una planta de tratamiento de aguas servidas. La Corte acogió el recurso en el entendido que los legitimados eran vecinos determinados afectados y no la comunidad en general.

³⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de Julio de 2006, Rol N° 140 – 2006. Confirmada por la Corte Suprema el 30 de Agosto de 2006, Rol N° 4.093 – 2006. El caso corresponde a la instalación de una central hidroeléctrica y que fue objeto de evaluación ambiental. La Corte rechazó el recurso por no existir ilegalidad asociada.

³⁸ Ver por todos Bertelsen Repetto, R, 1998, pág. 144.

³⁹ Véase, Bermúdez Soto, J., 2007, págs. 81 – 82.

Aunque la Corte sigue razonando hacia las categorías de derechos subjetivos, pese a esa amplitud conceptual. Corte Suprema, 30 de Agosto de 2001, Rol N° 2186-01, sostuvo que: “Que a mayor abundamiento, la legitimación activa sólo requiere que haya seres concretos existentes que pudieren ser afectados por la acción que se denuncia como arbitraria o ilegal, aun cuando no sepa dónde se encuentran ni se tenga certeza de su nombre y de ningún otro atributo individualizador. Esto no significa que el Recurso de Protección se utilice en el caso presente, como acción popular o general a favor del orden jurídico, sino como una acción cautelar de derechos subjetivos concretos; tal como en otros casos, los tribunales han acogido recursos de protección respecto de una persona actualmente afectada, pero otorgando protección también a todas las otras personas afectadas en el presente y en el futuro”.

sistema ecológico de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. Así entonces, son titulares de este recurso, necesariamente, todas las personas naturales o jurídicas que habitan el Estado y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación que asegura el artículo 19 N° 8 de Texto Fundamental”⁴⁰

De este modo, se puede afirmar que desde la acción de protección, en la medida que ésta dota de tutela jurisdiccional al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se ha conformado una acción de protección de intereses colectivos y difusos, considerando dos aspectos: la legitimidad amplia para recurrir y, enseguida, el contenido propio del derecho en cuanto a los contornos definitorios de lo que se considera protección ambiental.

c) El acceso de la información pública y la legitimidad de intereses colectivos.

Uno de los temas esenciales en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que no lo son y que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades. El acceso a la información administrativa es una de las áreas en donde se ha puesto énfasis, en particular aquella que ha provenido de los procesos de modernización del Estado, pues constituye un poderoso elemento de control y en términos más amplios de seguridad jurídica.

Pero además, la información no sólo ha demostrado ser fundamental en el funcionamiento de los procesos deliberativos, en tanto presupuesto de la participación ciudadana y el autogobierno democrático, sino que también forma parte indispensable de la estructura decisional individual. Tal como ha sido expuesto por las escuelas económicas, el modelo de acción racional y las decisiones individuales suponen grados determinados de información que obren en manos de los sujetos. Ello permite tomar decisiones privadas y públicas razonables y adecuadas, así como también permite su control. De ahí que los mercados necesiten para funcionar adecuadamente, niveles óptimos de información, y en su ausencia, se regule públicamente la presencia de fallas o asimetrías de información (fallas de mercado). En estos casos, la mayoría de las

⁴⁰ Corte Suprema, 23 de septiembre de 1997, Rol N° 654 – 1997.

veces, el Estado impone deberes de revelación de información, cuando el interés público lo exige, sea por la vía de la regulación directa, mecanismos de mercado o autorregulación.

La información, por lo tanto, tiene un carácter complejo. Aparece en múltiples escenarios. Alimentos, productos farmacéuticos, productos peligrosos, defensa, medio ambiente, campañas electorales, medios de comunicación, etc. La información muchas veces ha sido vista como un bien público, por lo que –razonablemente– debe ser provista por el Estado (sea directa o indirectamente); otras veces como “bien solidario”, es decir como un bien de aquellos cuyo beneficio social es directamente proporcional al número de personas que lo posee, y las más de las veces como un bien, como cualquier otro, con valor de cambio transable y sujeto a las leyes del mercado.

Las instituciones más fundamentales de nuestra vida común, por lo tanto –la democracia y el mercado– suponen para su funcionamiento determinados niveles y calidades de información como condición necesaria para la operatividad de sus intercambios. Ella resulta esencial, como decimos, para el autogobierno democrático, para promover la participación, valores compartidos, la cohesión social y para el escrutinio y el control público de las autoridades (accountability).

En efecto, existe bastante consenso en la literatura que la demanda por Gobiernos Transparentes responde a dos ideas básicas: (a) *restaurar la confianza pública*, en la medida que la información proporcionada incrementa la educación de los ciudadanos, haciendo de ellos sujetos con condiciones para exigir una demanda adecuada para la calidad de los servicios provistos por el Estado y sus organismos; (b) *tener más y mejores vigilantes de la actividad gubernamental*, en la medida que amplía las posibilidades de disponer de otros sujetos que controlen la actividad pública, diferente a las clásicas instituciones del control público.⁴¹

En el caso Chileno la primera regulación de acceso a la información provino de la dictación de la Ley N° 19.653, de 1999, mediante la cual, en lo que nos importa: (a) declaró como públicos los actos administrativos y los documentos que le sirven de complemento directo y esen-

⁴¹ OCDE, 2005, págs. 30 y 31.

cial; (b) estableció causales de denegación de la información; (c) legitimó para solicitar y exigir tutela frente a la denegación justificada, al “interesado”.⁴²

Bajo la aplicación de la Ley N° 19.653, se produjo una muy mala práctica regulatoria, pues por la vía reglamentaria, el Ejecutivo procedió a declarar secretos y reservado un conjunto de información, lo que finalmente conspiró en contra del objeto perseguido el año 1999. Por tal motivo, en un contexto de reformas constitucionales generales, el año 2005 se estableció en la Constitución una cláusula que declara la publicidad de los actos del Estado, así como sus procedimientos y fundamentos, restringiendo las hipótesis de secreto o reserva sólo a las permitidas por la ley.⁴³

En el contexto de esa reforma constitucional, se dictó el año 2008, la Ley de Acceso a la Información Pública,⁴⁴ que en lo que importa, declara como legitimados para exigir la información a “cualquier persona”,⁴⁵

⁴² Para la evolución del caso chileno ver Cordero, 2006.

⁴³ El inciso segundo, del artículo 8°, incorporado, señala expresamente:

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

⁴⁴ Ley N° 20.285, D.O. 20.08.2008, que entró en vigencia en abril de 2009. La ley regula concretamente la transparencia de los órganos de la Administración del Estado, el derecho de acceso a la información que se encuentra en poder de dichos órganos, los procedimientos para el ejercicio del mismo y el sistema de amparo del mismo.

Por otro lado la precitada ley ha definido en términos aparentemente amplios el tipo de información que reviste el carácter de pública (art. 5°). En efecto, invisten tal calidad: (a) los actos y resoluciones; (b) sus fundamentos; (c) los documentos que le sirven de sustento directo y esencial; (d) los procedimientos que se utilicen para su dictación; (e) la información elaborada con presupuesto público; (f) toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración cualquiera sea el formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas por la ley.

⁴⁵ Artículo 10. LAIP. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

⁴⁶ La tutela en vía administrativa está a cargo de un organismo legalmente autónomo denominado Consejo de Transparencia cuyo objeto es “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información” (art. 32).

otorgándoles tutela administrativa⁴⁶ y luego jurisdiccional,⁴⁷ a quien sufra denegación injustificada de la información, entendiendo por tal la que se encuentra fuera de las hipótesis legales de secreto o reserva.⁴⁸

¿Pero quiénes son legitimados en materia de acceso a la información?

Bajo la vigencia de la Ley 19.653, y sin que variara con la nueva ley, se consideraba como legitimado para exigir la información al “interesado”, sin embargo, no se exige legitimación específica de ninguna naturaleza para acceder al derecho. La jurisprudencia administrativa consideró que la denominación “interesado” aplicable a este derecho debía ser comprendida en términos amplios, y no reducido a quienes tenían un “interés actual y económico en los documentos que solicita a la Administración”, toda vez que entenderlo en dicho sentido “es contrario al principio de publicidad”, que busca “proteger de manera más estricta el principio de probidad administrativa”, de manera que “cualquier interpretación que restrinja el alcance del deber de transparencia normativamente establecido, más allá del texto expreso de la ley, resulta en una contradicción con la finalidad del legislador”.⁴⁹

En otros términos en el derecho chileno, el acceso a la información pública, atendida la naturaleza de la misma como bien público, se ha ido transformando en un derecho de carácter colectivo, de aquellas que la literatura ha denominado con “legitimación ideológica”. La reciente dictación de la ley de transparencia, así como la práctica que lleve a cabo el Consejo de Transparencia como organismos de tutela, irán precisando los ámbitos de su extensión.

5. Conclusiones.

No cabe duda que la subjetivización de la jurisdicción contenciosa administrativa ha significado el fortalecimiento de la tutela de los derechos de las personas frente a la Administración, lo cual ha sido especialmente evidente en la mayoría de los sistemas comparados desde la segunda parte del siglo XX.

⁴⁷ La competencia está entregada a la las Cortes de Apelaciones, frente a quienes es procedente la interposición de un reclamo de ilegalidad por la decisión del Consejo (art. 28).

⁴⁸ Las hipótesis son las señaladas en el art. 21.

⁴⁹ Dictamen N° 43688, de 2001. En el mismo sentido, dictamen N° 58015, de 2004 y STC Rol N° 634.

Que los jueces cumplen un rol clave en los sistemas democráticos, pareciera ser una cuestión del todo evidente y razonable, como mecanismo de control efectivo de las decisiones de los organismos administrativos. El problema está en el estándar y los límites de ese control.

En el estándar, porque existe suficiente consenso en la literatura de que el baremo que deben aplicar los jueces es uno de carácter objetivo y previo, es decir, el derecho. Lo que sucede es que por diversas razones (técnicas, variabilidad regulatoria, adaptabilidad, planeamiento, etc.), los sistemas normativos han generado un límite que perfectamente puede ser calificado de líquido, pues por un lado utilizan denominaciones lingüísticas ambiguas o bien figuras próximas a conceptos jurídicos indeterminados, criterios técnicos y en general cláusulas de apoderamiento, lo que ha significado una amplitud de los poderes discrecionales de los organismos administrativos por razones de interés público. En ese contexto, el estándar que utilizan los jueces tiende a sujetarse a esa variabilidad y por lo tanto, sus límites se vuelven cada más imprecisos, involucrándose entonces a ratos en cuestiones derechamente de evaluación de fines, lo que ciertamente es un riesgo de esa variabilidad.

En ese contexto el reconocimiento de tutela de intereses colectivos y difusos, por su propia estructura, en la medida que ha ampliado legítimamente los ámbitos de tutela jurisdiccional, también ha permitido que los límites sean cada vez más confusos. Ese es un desafío del cual creo debemos hacernos cargo.

Lo anterior es aún más relevante, si se considera que el propio modelo de democracia representativa ha sido cuestionado en su eficiencia, y que se ha ido aproximando hacia una legitimidad en la democracia deliberativa, donde el discurso y la argumentación son centrales al momento de adoptar decisiones en contexto de elecciones sociales, en que además justificamos la necesidad de un modelo de sociedad plural y multicultural. Ese debate se ha transformado en unos de los principales dilemas que debe enfrentar, por ejemplo, la teoría del procedimiento administrativo, lugar natural en donde se delimitan las decisiones sociales y en donde aparecen primariamente y con toda evidencia la tutela de intereses colectivos y difusos.

Bibliografía Y Referencias.

- Atria, F., *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción y la legislación nacional*, en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 36, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1992.
- Bermúdez Soto, J., *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Edit. Universidad Católica de Valparaíso, 2007.
- Bertelsen Repetto, R, “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho* vol.25 N°1, 1998.
- Brohm, W., Administración y jurisdicción contenciosa – administrativa como mecanismos de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho, *Documentación Administrativa* N° 234 (1993).
- Cabo Martín, *Sobre el Concepto de Ley*, Trotta, Madrid, 2000.
- Cassagne, “La justicia contencioso – administrativa y su perspectiva al comenzar el siglo XXI”, en *Procedimiento y Proceso Administrativo* (Dir. J.C. Cassagne), Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2005.
- Ciriano Vela, C., *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, 2000.
- Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, Informe de proposiciones e ideas precisas, en *Revista Chilena de Derecho* N° 8, de 1981.
- Cordero Vega, L., “Efectos de la Reforma Constitucional en materia de acceso a la información pública”, *Revista de Derecho Público* N° 68, 2006.
- Ferrada, J.C. (Coord), *Justicia Administrativa*, Lexis Nexis, 2005.
- Gallego y Menéndez, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, 2001.

- García De Enterría, E., *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Edit. Civitas, 2001.
- ----- *Las transformaciones de la Justicia Administrativa*, 2007, Thomson Civitas.
- Gonzalez Perez, J., Procedimiento administrativo y proceso administrativo. (Ante la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 99 (1998).
- ----- *Manual de Procedimiento administrativo*, 2002, Civitas.
- González Navarro, F., y González Pérez, J., Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, T.I., Civitas, 2007.
- Gordon, R., Conferencia de Brenda Brown: la teoría crítica del derecho como método de enseñanza del derecho, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Comp. Martin Böhmer, Edit. Gedisa, 1999.
- Haberle *Pluralismo y Constitución*, Edit. Tecnos, 2002.
- Habermas, *Facticidad y Validez*, Edit. Trotta, 1998.
- Hancher y Moran, La organización del espacio regulativo, en *Isonomía* N° 17, Octubre 2002.
- Ibañez Santa María *Herido en el Ala*. Estado, Oligarquías y Subdesarrollo. Chile 1924 – 1960, Edit. Biblioteca Americana, Santiago de Chile, 2003.
- Jiménez Blanco, A., *Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución*, en Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T. II., De los Derechos y Deberes, Civitas, 1991.
- Jiron Vargas, E., Mery Bravo, S., Sarje Paredes, A., *Lo contencioso - administrativo*, Seminario de Derecho Público N° 1 Facultad de De-

recho Universidad de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1959.

- López – Medel, J., El objeto del proceso contencioso-administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 115 (2002).
- OCDE, *Modernising Government. The Way Forward.*, OECD Publishing, 2005.
- OFFE, C., Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político – administrativo, en la obra *Partidos Políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, 1988.
- Pantoja Bauzá, R., Estudios preliminar: La jurisdicción contencioso–administrativa. *Decisiones legislativas* al año 2001, en La jurisdicción contenciosa – administrativa, Documentos, Edit. Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001.
- ----- *Los tribunales contenciosos administrativos*, en GJ N° 82.
- -----*La organización de la Administración del Estado*, Edit. Jurídica de Chile, 1996.
- Parejo Alfonso, L., *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003.
- Peña González, C., “Las acciones de interés público en el ordenamiento jurídico chileno: antecedentes dogmáticos y conceptuales” en *Las Acciones de Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales N° 7, 1997.
- Pierce, Shapiro y Verkul, *Administrative Law and Process*, Foundation Press, 1999.
- Pierry *La responsabilidad extracontractual* del Estado, en Anuario de Derecho Administrativo, T. I, Edit. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 1975/ 1976.
- Primera Comisión Legislativa, Junta de Gobierno de la República de Chile, *Los Tribunales Contencioso Administrativos*. Antecedentes para su estudio. Doctrina, Jurisprudencia, Proyectos. (Coord. R.

Pantoja Bauzá), Edit. Armada de Chile, 1982.

- Priori Posada, G., *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, ARA Editores, 2002.
- Rodríguez Elizondo, J. A., *Protección Jurisdiccional de los Administrados*, Seminario de Derecho Público, N° 7, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1961.
- Sánchez Morón, M., Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa, en AAVV, *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- Schmidt – Assmann, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2003.
- Sesin *Administración Pública. Actividad reglada, discrecionalidad técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Lexis Nexis - Depalma, 2004.
- Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo, T. II.*, Edit. Universitaria, 1959.
- Soto Kloss, E., La competencia contencioso – administrativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia, *Revista Chilena de Derecho*, V. I, 1974.
- Tornos Mas (Dir), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Edit. Bosch.
- Urrutigoty *El Derecho Subjetivo y la legitimación procesal administrativa*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Edit. Depalma, 1995.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN URUGUAYO

Por Augusto Durán Martínez

PALABRAS CLAVE. Dignidad de la persona humana. Derechos humanos. Derecho a la tutela judicial efectiva. Medidas cautelares. Suspensión de los efectos del acto administrativo.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. III. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES.

1. Introducción

1. *La batalla por las medidas cautelares*, según expresión ya impuesta gracias a GARCÍA DE ENTERRÍA, ha sido ardua en todo el mundo. El modelo autoritario derivado de la Revolución Francesa significó un escollo duro de remontar.

2. No obstante, a medida que fueron imponiéndose las ideas del *neoconstitucionalismo*, movimiento europeo originado luego de la Segunda Guerra Mundial, la cosa fue cambiando.

3. La primera y principal medida cautelar admitida fue la suspensión de los efectos del acto administrativo. En un comienzo, los requisitos para disponer tal medida en vía jurisdiccional fueron muy estrictos, en vir-

tud de su carácter excepcional. Luego esos requisitos se flexibilizaron. Posteriormente las medidas se ampliaron, para finalmente admitirse todas aquellas que el juez considere necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia. En efecto, de fórmulas taxativas se pasó a fórmulas abiertas, tanto en cuanto al tipo de medidas como al momento procesal para su solicitud, y se flexibilizaron los requisitos para su adopción.

4. El Estado Constitucional de Derecho se basa en la dignidad de la persona humana. Así lo reconocen expresamente varias constituciones de la posguerra como la italiana, la alemana y la española.¹ Los derechos humanos pasan a ocupar así el centro del ordenamiento jurídico.

5. Entre esos derechos humanos interesa el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido genéricamente en forma implícita a veces y otras veces expresamente, como en el artículo 24 de la Constitución española, y en diversos instrumentos internacionales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 47) o el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 25).

6. El artículo 24 de la Constitución española ya citado provocó una importantísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha precisado el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Y al hacerlo abordó el tema de las medidas cautelares. En tal sentido consideró inconstitucional la prohibición legal de suspender actos y disposiciones administrativos (sentencia 115/1987, de 7 de julio) y consideró que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo

¹ Los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana dicen: "Artículo 2. La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social. Artículo 3. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.- Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país." El artículo 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn dice: "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público." El artículo 10 de la Constitución española dice: "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.- 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España".

cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (sentencia 238/1992, de 17 de setiembre).²

Esa adecuada jurisprudencia provocó el pertinente cambio legislativo. En efecto, el artículo 129.1, de la ley N° 29/1998, de 13 de julio de 1998 (Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), estableció: “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.”

En la Exposición de Motivos de esta ley el capítulo sobre medidas cautelares se funda de la siguiente manera: “De las disposiciones comunes sobresa la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años han llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción.

Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.

La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce

² Martín Rebollo, L., *Leyes Administrativas*. 14ª edición. Thomson-aranzadi. Pamplona, septiembre 2008, p. 128 y pp. 1313 y 1314.

en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas ‘inaudita parte debitoris’ –con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada–, así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho.”³

7. Hoy, la más moderna y prestigiosa doctrina –y no solo la española– no pone en duda que la tutela judicial efectiva es un derecho humano y que las medidas cautelares forman parte de él.⁴

De ahí la tan positiva evolución que han tenido las medidas cautelares en el contencioso administrativo en aquellos países que pretenden un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

Lamentablemente esa evolución no ha llegado en los hechos a nuestro país, pese a que el marco jurídico lo permite o, por lo menos, permite soluciones mucho más garantistas que las que se aplican.

2, Suspensión de los efectos del acto administrativo

1. Salvo algún amparo concedido en el período inmediatamente previo

³ Martín Rebollo, L., *Leyes Administrativas ...*, p. 1247.

⁴ González Pérez, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Cuadernos Civitas. Madrid, 1989, pp. 256 y ss.; García De Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*. CIVITAS. Madrid, 2000, pp. 285 y ss.; Galera Rodrigo, S., *Sistema europeo de Justicia Administrativa*. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales. Dykinson S. L. Madrid, 2005, pp. 131 y ss.; Cassagne, J.C./ Perrino, P.E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, p. 322 y ss.; García Pullés, F.R., *Tratado de lo contencioso administrativo*. Hamurabi. Buenos Aires, 2004, t. 2, pp. 797 y ss.; Aberastury, P., *La Justicia Administrativa*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 329 y ss.; Sacristán, E.B., *Medidas cautelares y recurso extraordinario*, en Cassagne J.C., (Director) *Amparo, Medidas Cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Administrativa*. Lexis Nexis./UCA Buenos Aires, 2007, p. 385; Hernández-mendible, V.R., “Cuarenta años de la historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano”, en *Revista de Derecho Público*. F.C.U., Montevideo, 2007, N° 30, pp. 155 y ss.; Cajarville Peluffo, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008, t. II, pp. 665 y ss.; Delpiazzo, C.E., “Medidas cautelares frente a la Administración”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, F.C.U. Montevideo, 2008, t. XV, p. 63.

a su regulación legal por parte de la ley N° 16.011, de 19 de diciembre de 1989, la única medida cautelar aceptada por nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo es la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado con la acción de nulidad.

2. La doctrina, en lo que refiere a la posibilidad de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo suspenda los efectos de un acto administrativo, fue variando con el tiempo. En efecto, de una posición negativa se pasó gradualmente a una positiva.

Sayagués Laso se planteó la posibilidad de la suspensión de la ejecución del acto durante la tramitación de una acción de nulidad. Su opinión fue categórica: “Ante la ausencia de texto legal, no cabe duda sobre la respuesta negativa.” Y agregó: “Es discutible si la ley puede establecer esa facultad para los casos graves y susceptibles de ocasionar perjuicios irreparables, tal como se permite en otros países.” Basó sus afirmaciones en el texto del artículo 310 de la Constitución en cuanto dice que el Tribunal “se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo.”⁵

Real se inclinó por la posibilidad de otorgar por ley, al Tribunal, la facultad de suspender la ejecución del acto administrativo.⁶ Estimó que el legislador, en ejercicio de la competencia interpretativa que le asigna el numeral 20 del artículo 85 de la Constitución, podía decidir si la facultad de suspender, provisionalmente, como medida cautelar, el acto administrativo recurrido, era compatible con la competencia constitucional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Consideró que estrictamente esta es una cuestión no prevista por el constituyente porque el artículo 310, en cuanto dispone que el Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo sin reformarlo, regula solamente el contenido de la sentencia definitiva.⁷ La suspensión de la ejecución del acto administrativo se dispone por una sentencia interlocutoria, por lo que no estaría comprendida en el citado artículo 310 de la Constitución.

⁵ Sayagués Laso, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª edición puesta al día a 1998 por Daniel Hugo Martins, F.C.U., Montevideo, 1998, t. II, p. 498..

⁶ Real, A.r., “La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XIV, 1963, N° 1, p. 140

⁷ Real, A.r., “La acción de amparo ...”, loc. cit., pp. 141 y ss.

Giorgi adhirió expresamente a esta opinión de REAL.⁸ Y a mayor abundamiento expresó: “La suspensión de la ejecución de los actos administrativos por los órganos de la justicia, es un instituto de amparo, de carácter preventivo, contra la actuación arbitraria o antijurídica de la Administración. Se funda en la necesidad de hacer realmente efectivos los derechos de los particulares, muchas veces lesionados de manera irreparable cuando llega tardíamente el pronunciamiento jurisdiccional. Tocqueville señalaba el hecho: en Francia, el reino de la Ley está proclamado, pero la arbitrariedad se refugia en su aplicación.”⁹

También Biasco consideró que la suspensión de la ejecución del acto administrativo es una especie del género amparo¹⁰ y se preocupó, además, por encontrar fundamentos supralegales a este instituto, tanto en instrumentos internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos), como de Derecho interno (artículos 7, 10, 72 y 332 de la Constitución).¹¹

3. El artículo 347 de la ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, introdujo la posibilidad de la suspensión de la ejecución del acto administrativo por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Este artículo expresó: “En las acciones de nulidad deducidas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte interesada y oyendo a la Administración demandada, el Tribunal podrá disponer la suspensión transitoria, total o parcial de la ejecución del acto impugnado, si esta fuere susceptible de causar un perjuicio grave o irreparable en caso de dictarse ulteriormente un fallo anulatorio.”

La jurisprudencia fue excesivamente restringida.¹² El Tribunal rechazó

⁸ Giorgi, H., “La competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su potestad de suspender la ejecución de los actos administrativos” en Giorgi, H. *Escritos jurídicos*, F.C.U., Montevideo, 1976, pp. 162 y ss.

⁹ Giorgi, H., “La competencia ...”, loc. cit., p. 164.

¹⁰ Biasco Marino, E., *La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 1997, p.55.

¹¹ Biasco Marino, E., *La suspensión ...*, pp. 49 y ss.

¹² Ver Frugone Schiavone, H., “Después de la reforma del Contencioso Administrativo por la ley N° 15.869, ¿subsiste el instituto de la suspensión de la ejecución del acto impugnado?”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, octubre-noviembre 1987, N° 21, pp. 181 y ss.

la gran mayoría de las solicitudes al entender que todo daño puede ser reparado en dinero y que el Estado siempre es solvente.

El Tribunal ha incurrido en un doble error. No todo daño es reparable en dinero y no es verdad que el Estado siempre sea solvente. Respecto a esto último cabe decir que ello es un mito que ya ha caído.

Con acierto FATA ha expresado:

“Es necesario señalar que no compartimos el criterio invocado por el Tribunal respecto a que el Estado tiene aptitud bastante para cubrir cualquier eventual reparatoria patrimonial y por ello no hace lugar a la suspensión de la ejecución.

De acuerdo a una noción de lo que es y debe ser la Justicia, la protección jurisdiccional debe hacerse preventivamente y a ello tiende la suspensión de la ejecución del acto.

Si ha de esperarse que el daño se verifique y que la lesión al orden jurídico se perfeccione para que recién proceda la función tuitiva del órgano jurisdiccional, entonces se habría alcanzado un muy pobre resultado.

Rechazamos por tanto la consideración referida a que los perjuicios de orden patrimonial como son siempre susceptibles de ser reparados, no constituyen base adecuada para obtener la suspensión del acto, ya que por aplicación de este principio rarísimas veces habría perjuicios irreparables cuando el demandado fuere el Estado, como ha sucedido con nuestra jurisprudencia.”¹³

Por eso, como bien dijo Frugone Schiavone, el sistema previsto por la ley, que había despertado tantas esperanzas, defraudó.¹⁴

4. El artículo 347 de la ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, fue derogado expresamente por el artículo 109 del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984. El instituto en estudio pasó entonces a ser regulado por el artículo 30 del decreto-ley citado.

¹³ Fata Moreira, R., “Suspensión de la ejecución del acto administrativo”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, abril-mayo, 1988, N° 24, p. 371.

¹⁴ Frugone Schiavone, H., “Después de la reforma ...”, loc. cit., p. 185.

El nuevo texto expresó: “En las acciones deducidas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte interesada y previa vista por el término de seis días a la persona jurídica estatal demandada, el Tribunal podrá disponer la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, si esta fuera susceptible de causar un perjuicio grave, o de difícil reparación, o irreparable, en caso de dictarse ulteriormente un fallo anulatorio.”

Como se percibe, este artículo 30 siguió los lineamientos de la ley derogada y prácticamente se limitó a agregar la expresión “o de difícil reparación”. El legislador no pretendió al respecto innovaciones del sistema aunque sí ampliar los casos de las suspensiones.¹⁵

El agregado legislativo no produjo los efectos esperados. La jurisprudencia siguió siendo muy rígida.

Ante esto, Frugone Schiavone comentó:

“Torello formuló uno de los primeros comentarios al nuevo texto.

Llevado por su formulación técnica, radicalizó la dimensión cautelar del instituto, concibiéndolo exclusivamente como *medida cautelar específica* con relación a las genéricamente previstas en nuestra legislación (art. 62 de la ley 13.355; arts. 253, 828 y ss. del C.P.C., etc.), lo que si bien es instrumentalmente cierto, materialmente lo desgaja de su eminente origen.

Interpretación que luego seguirá fielmente el Tribunal actual, marcando con exclusivo tinte procesal la diferencia entre este instituto y el recurso de amparo.

En cuanto a los requisitos de fondo, señala Torello que ‘las expresiones legales refieren a hipótesis en que la modificación de la situación por otra de la ejecución del acto reclamado es de *imposible reprimación e irrisarcible*, o, en grado menor, de *difícil reparación o resprimación pero no sin causar graves perjuicios al administrado, siendo además y en estas dos últimas hipótesis, de carácter no patrimonial el perjuicio grave o difícilmente indemnizable con la pura compensación económica.*’

¹⁵ Frugone Schiavone, H., “Después de la reforma ...”, loc. cit., pp. 187 y ss.

Verdadera *interpretación ‘cerrojo’*, que endurecía aún más la aplicación del texto, quitándole toda flexibilidad.”¹⁶

5. La ley N° 15.869, por su artículo 13, derogó expresamente el artículo 30 del decreto-ley N° 15.524 y da nueva regulación al tema por sus artículos 2 y 3.¹⁷

Estos artículos establecen:

“Artículo 2.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a pedido de la parte actora, que deberá formularse con la demanda y previa sustanciación con un traslado por seis días a la parte demandada, podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado.

La posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión.

Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal.

La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento.

Artículo 3.- Decretada la suspensión del acto, ésta mantendrá su vigor desde su notificación a la parte demandada y hasta la conclusión del proceso, pero el Tribunal, a petición de parte o de oficio y en cualquier momento del trámite, podrá, en atención a nuevas circunstancias, dejarla sin efecto o modificarla.

¹⁶ Frugone Schiavone, H., “Después de la reforma ...”, loc. cit., p. 188.

¹⁷ Debe tenerse en cuenta además la incidencia en el tema del artículo 10 de la ley N° 15.869. Por tratarse de una cuestión estrictamente procesal, no trato ahora el tema y me remito a lo expresado en mi trabajo “Modificaciones a la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en Durán Martínez, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General*, Montevideo, 1999, pp. 181 y ss.

Si la parte demandada no evacua el traslado o haciéndolo, omite el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del decreto-ley N° 15.524, podrá decretarse la suspensión si de las afirmaciones de la parte actora y de los elementos de juicio que ésta hubiere incorporado al efecto, surgen circunstancias que, a juicio del Tribunal, la hicieran pertinente, sin perjuicio de la ratificación o rectificación de lo decidido, luego de incorporados los antecedentes administrativos.

En todos los casos el Tribunal deberá decidir sobre la petición de suspensión dentro del plazo de treinta días de concluida la sustanciación del incidente, suspendiéndose ese plazo durante un máximo de sesenta días para el diligenciamiento de las probanzas que el Tribunal estime necesarias y disponga por vía de diligencias para mejor proveer.”

6. De los artículos 2 y 3 de la ley N° 15.869 transcritos se desprende que la suspensión jurisdiccional de la ejecución o de los efectos de un acto administrativo puede disponerse a petición de parte o de oficio.

Del régimen vigente, lo que nos interesa ahora resaltar es que:

- a) la suspensión, cuando es a petición de parte, debe solicitarse en la demanda;
- b) puede disponerse la suspensión:
 - b') siempre que la ejecución del acto fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiese ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado. Y se aclara expresamente que la posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión;
 - b'') si a juicio del Tribunal el acto impugnado aparece inicialmente como manifiestamente ilegal. Se aclara expresamente que la decisión del Tribunal no importará prejuzgamiento.¹⁸

Hay pues dos posibilidades previstas para la suspensión: la señalada en el literal b' o la indicada en el b''). La ley, pues, acoge dos criterios pa-

¹⁸ Durán Martínez, A., *Contencioso Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, pp. 317 y ss.

ra la suspensión. “Ambos criterios pueden aplicarse simultáneamente o de manera independiente, pues no son excluyentes entre sí.”¹⁹

7. La fórmula legal indicada en el literal b) b’) introduce la llamada teoría del balance. En realidad, estaba ya en ciernes en el pensamiento de GIORGI,²⁰ y fue recogida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en, por lo menos, dos sentencias, la N° 432, de 3 de diciembre de 1986 y la N° 3, de 4 de febrero de 1987 con anterioridad a la ley vigente.²¹

Esta solución fue doctrinariamente cuestionada en cuanto legalizaba la teoría del balance entre el daño del particular y el de la Administración.²² Muy gráficamente Esteva Gallicchio comentó: “no se requiere ser muy zahorí para intuir que excepcionalmente el platillo de la balanza en que se coloquen los daños graves del administrado pesará más que el restante, dada la redacción del art. 2.”²³

La redacción de la ley no es afortunada. Cajarville Peluffo procuró, con acierto, una interpretación acorde con los principios que rigen la actuación administrativa. En tal sentido expresó: “Cuando alude al ‘funcionamiento del órgano involucrado’, debe entenderse que se está refiriendo a la *actividad* de la Administración, y por ende que el daño que ese ‘funcionamiento’ sufriría con la ‘suspensión de la ejecución’ del acto consistiría en la imposibilidad en que por esa suspensión se encontraría de tutelar los intereses en atención a los cuales le fue conferida la concreta potestad ejercida al dictar el acto de que se trate. Lo que el Tribunal debe ‘balancear’ con los daños que sufriría el actor por los efectos del acto, son los daños que los intereses que la Administración debió tener en cuenta al dictarlo sufrirían con su suspensión, y por ende el daño que se causaría a la actividad –‘funcionamiento’– administrativa al impedirle tutelar esos intereses en atención a los cuales se confirió el poder ejercido.”²⁴

¹⁹ Giorgi, H., “Sobre la suspensión de ejecución de acto impugnado ante el TCA”, en *Revista de Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, año 1995, N° 7, p. 158.

²⁰ Giorgi, H., “La competencia ...”, loc. cit., pp. 167 y ss.

²¹ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., p. 697.

²² Frugone Schiavone, H., “Después de la reforma del Contencioso Administrativo por la ley 15.869 ¿subsiste el instituto de la suspensión de la ejecución del acto impugnado?”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, octubre-noviembre 1987, N° 21, pp. 188 y ss.

²³ Esteva Gallicchio, E., “Modificaciones al Decreto-Ley Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, junio-setiembre 1987, N° 19-20, p. 137.

²⁴ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., p. 698 .

Torello, por su parte, tuvo una visión más positiva sobre estos textos e indicó que fueron proyectados con la idea de aumentar las facultades del Tribunal posibilitando la suspensión fuera de la mera hipótesis de daño de imposible reparación y se previó incluso la posibilidad de suspender la ejecución de actos en caso de ilegalidad manifiesta. Opinó que el nuevo texto posibilita al Tribunal a acceder a solicitudes que con la anterior regulación no hubiera sido posible admitir.²⁵

Las críticas efectuadas por Esteva Gallicchio y Frugone Schiavone fueron correctas. Debemos reconocer que luego de la ley N° 15.869 la jurisprudencia administrativa en la materia fue algo más amplia y se suspendió la ejecución de actos administrativos con mayor frecuencia que antes, aunque siguió primando un criterio excesivamente restringido.

8. La otra causal de suspensión prevista en la ley vigente es la de la llamada *ilegalidad manifiesta*

Para que opere esta causal se requiere: a) que el acto sea *ilegal*; b) que esa ilegalidad sea *manifiesta*; c) que ello aparezca *inicialmente*.

Corresponde en primer término, entonces, determinar el sentido del término *ilegal* empleado en esta norma.

Cajarville Peluffo ha entendido que el término *ilegal* debe tomarse en su sentido literal, es decir como contrario a la ley²⁶

Por mi parte, he tomado el término *ilegal* en un sentido más amplio, comprendiendo a toda hipótesis de ilegitimidad. He sostenido que las causales para disponer la suspensión por razones de legalidad son las mismas que para anular el acto.²⁷ En el mismo sentido se expidió Delpiazzo, quien expresó que la expresión *ilegal* que emplea el artículo 2 de la ley en análisis “no debe interpretarse restrictivamente como contrario a la ley únicamente, sino en sentido amplio, como equivalente a ilegítimo”.²⁸

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal

²⁵ Torello, L.a. “Contralor jurisdiccional de la Administración” en V.V.A.A., *Evolución Constitucional del Uruguay*, Ucedal, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1989, p. 206.

²⁶ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., pp. 704 y ss.

²⁷ Durán Martínez, A., *Casos de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2007, vol. V, pp. 383 y ss.

²⁸ Delpiazzo, C.E., *Desafíos actuales del control*, F.C.U., Montevideo, 2001, p. 68.

de lo Contencioso Administrativo utiliza el término *legalidad*, derivado de *ley* (artículo 95 del decreto-ley N° 15.594) no en su sentido literal sino en el amplio, como sinónimo de ilegitimidad, incluyendo cualquiera de las causales de nulidad. No veo entonces la razón para asignar un sentido restringido al término *ilegal* cuando se trata de disponer una suspensión. El contexto legislativo me hace tomar los términos derivados de *ley* en su sentido amplio.

Eso nos lleva al estudio de las causales de nulidad.

Como es notorio, nuestro contencioso administrativo de anulación se inspiró en el francés.

Tradicionalmente se han clasificado en Francia las causales de nulidad en:

- a) incompetencia;
- b) vicio de forma o de procedimiento;
- c) violación de la regla de derecho, dentro de la cual se incluye no solamente la violación directa –negativa o positiva– de la ley sino también la violación del espíritu de la ley, la falsa interpretación o errónea aplicación de la regla de derecho, así como ausencia de motivos o error de hecho o de derecho en los motivos;
- d) desviación de poder.²⁹

Nuestra Constitución menciona las causales de nulidad en el artículo 309 y en el 311. En el 309 refiere a la violación de la regla de derecho y a la desviación de poder. En el 311 alude a los actos contrarios a la buena administración.

El literal a) del artículo 23 del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, define la regla de derecho como “todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”. Con este concepto tan amplio de regla de derecho resultan de recibo plenamente

²⁹ Odent, R., *Contentieux Administratif*. Institut d'Études Politiques de Paris, Paris, 1970-1971, fascicule 5, pp. 1274 y ss.; Durán Martínez, A., *Contencioso ...*, pp. 547 y ss.

todas las causales de nulidad desarrolladas en el contencioso administrativo francés.³⁰ Es más, en virtud de esa amplitud, he entendido que la desviación de poder y los actos contrarios a la buena administración están comprendidos en la violación de la regla de derecho.³¹

La expresión *ilegal* que figura en el artículo 2 de la ley N° 15.869 a los efectos de la suspensión de la ejecución del acto administrativo comprende así cualquiera de las causales de nulidad indicadas, es decir, incluye la incompetencia, vicios de forma o procedimiento, violación de la regla de derecho de fondo, desviación de poder y actos contrarios a la buena administración.

Como se ha dicho, a los efectos de la suspensión no basta la mera ilegalidad sino que esa ilegalidad debe ser manifiesta. “*Manifestamente ilegal*”, dice la norma.

El diccionario de la Real Academia Española define *manifestamente* como “con claridad y evidencia, descubiertamente”.³²

Delpiazzo entendió que la ilegitimidad es manifiesta “cuando resulta clara, evidente, inequívoca, grosera”.³³ Y al respecto cita la sentencia N° 291 de 26 de diciembre de 1984 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en cuanto entiende que el giro *manifestamente ilegal* “alude conceptualmente a lo patente, descubierto, claro, vale decir, que la ilegalidad del acto... debe extraerse fuera de toda duda razonable, imponerse de modo transparente, evidente, neto”.³⁴ También en la sentencia N° 620/99, el Tribunal se expidió en términos parecidos. Allí se alude para referirse a la ilegalidad manifiesta a la ostensible, patente, equivalente e incuestionable ilegalidad del acto.³⁵

Como se percibe, el sentido natural y obvio del término y el sentido técnico coinciden. Esa ilegitimidad se descubre a veces con la sola lectura del acto: es el caso de ausencia de motivación o de motivación

³⁰ Durán Martínez, A., *Contencioso ...*, pp. 285 y ss.

³¹ Durán Martínez, A., *Casos de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2005, vol. IV, pp. 80 y ss.

³² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Espasa Calpe S.A., Buenos Aires, 2002, tomo II, p. 1437.

³³ Delpiazzo, C.E., *Desafíos actuales ...*, p. 68.

³⁴ Delpiazzo, C.E., *Desafíos actuales ...*, p. 68.

³⁵ Gutiérrez, A., “Diez años de Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre suspensión de la ejecución

insuficiente. Otras veces no basta para descubrir la ilegitimidad la sola lectura del acto, es preciso cotejarlo con la norma presuntamente violada o reparar en la secuencia del procedimiento o en la observación de la realidad. Pero aun en estos casos la ilegalidad puede ser manifiesta como, por ejemplo, si el acto administrativo viola groseramente una regla de derecho, o se advierte claramente que no se dio vista de las actuaciones. O no se produjo un informe preceptivo, o es notorio que los hechos que sirvieron de fundamento al acto no existieron o son ilegítimos. En todos estos casos hay que hacer una operación intelectual aparte de la mera lectura del acto, pero en todos estos casos, entre gente entendida en Derecho, se puede admitir sin esfuerzo que la ilegitimidad es manifiesta.

Naturalmente que esa ilegitimidad debe ser manifiesta no a los ojos de un hombre común sino a los ojos de un juzgador, es decir de una persona que tenga la formación que debe tener un Ministro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Resta por último precisar el sentido del término “*inicialmente*” que figura en el tercer inciso del artículo 2 de la ley N° 15.869.

Dicho inciso dice textualmente así: “Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifestamente ilegal”.

La expresión *inicialmente*, a mi entender, refiere al comienzo mismo del juicio. “*In limine litis*”, dice acertadamente Gutiérrez.³⁶ El Tribunal debe apreciar esa manifiesta ilegalidad con la sola lectura de la demanda y contestación con los documentos de prueba aportados en esa oportunidad, sin requerir otras instancias probatorias.

Conforme a lo expuesto, para que proceda la suspensión de los efectos del acto en virtud de la causal indicada en el tercer inciso del artículo 2 de la ley N° 15.869, es preciso que:

- a) exista alguna de las causales de nulidad recogidas por nuestra Constitución;

³⁶ Gutiérrez, A., “Diez años ...”, loc. cit., p.171.

- b) esa causal de nulidad aparezca en forma clara, patente o evidente;
- c) la claridad de esa ilegitimidad se aprecie al comienzo mismo del juicio con la sola lectura de la demanda y contestación y documentos agregados con estos escritos.

Esta nueva causal significó un avance en nuestra legislación. Lamentablemente ha sido solo un progreso en la letra, puesto que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se muestra muy reticente para disponer una suspensión por esta causal.

9. Como se ha dicho, la suspensión de la ejecución o de los efectos del acto debe solicitarse en la demanda. Cabe plantearse así la posibilidad de su planteamiento en la demanda anticipada conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 9 de la ley N° 15.869.

Desde hace años he sostenido que por esta vía se puede plantear la solicitud de suspensión jurisdiccional de un acto administrativo.

En este caso no se puede dar trámite a la acción de nulidad porque la Constitución no lo permite, pero ni la Constitución ni la ley impide que se tramite el incidente de suspensión de ejecución del acto impugnado. La ley, desde este punto de vista (art. 2 de la ley N° 15.869), exige que tal solicitud se plantee en la demanda de nulidad, cosa que en el caso se da.

El artículo 319 de la Constitución impide la acción de nulidad si previamente no se agotó la vía administrativa. En consecuencia, es lógico que ante una demanda anticipada la ley prevea la suspensión de los procedimientos hasta que se cumpla con el indicado requisito. Pero la Constitución nada dice con relación al incidente de suspensión de la ejecución del acto; por tanto, sin perjuicio de la paralización transitoria del juicio principal, procede la tramitación del incidente planteado, por cuerda separada, *cumpliendo* lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de la ley N° 15.869.

En el mismo sentido opinó Delpiazzo. Analizando el punto escribió:

“... sería muy buena cosa que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo admitiera -ya que la suspensión debe pedirse conjun-

tamente con la demanda anulatoria- la interposición anticipada de la demanda. Al respecto, no debe olvidarse que lo que nuestro legislador reprime es la interposición tardía de la acción de nulidad, pero no así la interposición anticipada, de manera que es posible considerar ajustada a Derecho la posibilidad de interponer la demanda de nulidad aún cuando todavía no esté agotada la vía administrativa a los efectos de poder promover la suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto. Evidentemente, el Tribunal no va a poder tramitar la demanda porque estará ausente todavía uno de los presupuestos, el del agotamiento de la vía administrativa, pero sí podrá tramitar la suspensión de la ejecución jurisdiccional.³⁷

Esta posibilidad de solicitar la suspensión con la demanda anticipada, que fue admitida en alguna sentencia en el ámbito del Poder Judicial,³⁸ no ha sido admitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.³⁹ El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha reiterado esta jurisprudencia en reciente sentencia, la N° 100, de 8 de abril de 2008.⁴⁰

Esta jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo lleva en los hechos a una denegatoria de justicia. Véase que si se plantea la suspensión de la ejecución o de los efectos del acto por vía de una acción de amparo ante el Poder Judicial, es muy probable que el Juez la rechace —como ha ocurrido—⁴¹ alegando que existe la posibilidad de plantear la suspensión de la ejecución del acto en la vía jurisdiccional ante el TCA por la vía de una demanda anticipada; pero como el TCA no le da trámite a la solicitud de suspensión hasta que se agote la vía administrativa, el acto se ejecutará mucho antes de que el Tribunal analice la posibilidad de su suspensión.

10. Cabe plantearse la posibilidad de solicitar la suspensión de un acto cuyos efectos se encuentran ya suspendidos. Esto puede ocurrir

³⁷ Delpiazzi C.E., *Desafíos actuales ...*, p. 62.

³⁸ Viera, L. A., y otros, *Ley de amparo*, Ediciones IDEA, Montevideo, 1993, p. 145.

³⁹ Durán Martínez, A., *Casos ...*, vol. IV, pp. 252 y ss.

⁴⁰ Revista de Derecho Público, F.C.U., Montevideo, 2008, N° 34, pp. 275. Esta sentencia es particularmente infeliz, no solo en lo que refiere al tema específicamente tratado sino, porque no ha advertido que las citas doctrinarias a que alude son anteriores al momento en que se tomó conciencia acerca del neoconstitucionalismo y del significado de la tutela judicial efectiva y porque parece ignorar todos los esfuerzos efectuados por Cajarville Peluffo, expresamente citado, precisamente en el tema de las medidas cautelares en el contencioso anulatorio.

⁴¹ Viera, L.A. y otros, ob. cit., pp. 145 y ss.

porque a veces la ley establece el efecto suspensivo de los recursos; otras veces, aunque esto no sea impuesto por la ley, la Administración puede disponer la suspensión de la ejecución o de los efectos del acto impugnado.

Cajarville Peluffo, al estudiar la suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo, dijo que “aquí la suspensión refiere a un acto que estaba produciendo sus efectos, era ejecutable y pudo ser ejecutado, total o parcialmente.”⁴² Y enseguida, en una nota al pie de página aclaró “salvo hipótesis excepcionales en que la suspensión de la ejecución, dispuesta en tal caso por la propia Administración, fuera contemporánea con el perfeccionamiento del acto, o que la posterior suspensión de la ejecución, administrativa o jurisdiccional, ocurriera con anterioridad al cumplimiento del plazo o la condición a que los efectos del acto estuvieran sometidos.”⁴³

Lo expresado por Cajarville Peluffo es correctísimo. En principio, esa suspensión jurisdiccional se dispone respecto de un acto que está produciendo efectos, pero en casos excepcionales se dispone sobre un acto que tiene sus efectos suspendidos.

El sentido de la suspensión jurisdiccional de los efectos de un acto cuyos efectos se encuentran suspendidos radica en que la Administración, en algunos casos, en cualquier momento puede levantar el efecto suspensivo y ejecutar el acto. La suspensión jurisdiccional en estos casos impide que la Administración efectúe ese levantamiento del efecto suspensivo.

Véase que, si luego de presentada la demanda, la Administración levanta el efecto suspensivo, el actor queda sin posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución del acto en vía jurisdiccional. De este modo no queda otra alternativa que plantearla en la demanda, aunque el acto impugnado tenga sus efectos suspendidos, a fin de salvaguardar enteramente sus derechos.⁴⁴

11. La sentencia que dispone la suspensión es de naturaleza constituti-

⁴² Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., p. 708.

⁴³ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., p. 708, nota 143.

⁴⁴ Durán Martínez, A., *Casos ...*, vol. III, pp. 363 y ss.

va, ya que modifica la situación jurídica preexistente aunque en forma provisoria y sujeta al contenido de la sentencia definitiva que recaiga en la acción de nulidad.⁴⁵

La eficacia temporal de esta sentencia difiere según la causal en que se haya fundado. Si se dispone en aplicación de la *teoría del balance*, estima Cajarville Peluffo que sus efectos en principio son solo para el futuro.⁴⁶ No obstante, considero que si así se pide en la demanda y si lo permiten las condiciones de fondo, puede asignarse a esa sentencia efecto retroactivo. Si la sentencia se funda por aparecer el acto impugnado como manifiestamente ilegal, su contenido declarativo es similar al de la sentencia definitiva anulatoria, con la única diferencia de que la primera es transitoria o provisional y la segunda es definitiva.⁴⁷ De manera que en este último caso la suspensión dispuesta tiene efecto retroactivo.

3. Otras medidas cautelares

1. Por cierto que la suspensión de los efectos del acto es una medida a menudo insuficiente para asegurar la eficacia de la sentencia. Y más insuficiente lo es debido a la injustificada jurisprudencia de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo y al excesivo tiempo que insume el procedimiento de suspensión. Por eso, la más moderna doctrina ha impulsado la adopción de otras medidas cautelares, como existen en los países más avanzados.⁴⁸

Es más, los Profesores Cajarville Peluffo y Delpiazzo redactaron un proyecto de ley en junio del año 2000, a solicitud del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por el que además de la suspensión de los efectos del acto se le facultaba para “disponer medidas cautelares, provisionales o anticipadas de conformidad con los artículos 311 a 317 del Código General del Proceso.”⁴⁹ El Tribunal aceptó la propuesta pero nunca fue considerada por el Poder Legislativo.

⁴⁵ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., pp. 709 y ss.

⁴⁶ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., pp. 711 y ss.

⁴⁷ Cajarville Peluffo, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional ...”, loc. cit., pp. 714 y ss.

⁴⁸ Cajarville Peluffo, J.P., “Visión actual del Contencioso Administrativo Uruguayo”, en *Cajarville Peluffo, J.P., Sobre Derecho ...*, t. II, pp. 629 y ss; Delpiazzo, C.E., “Medidas cautelares ...”, en *Anuario ...*, t. XV, pp. 74 y ss.

⁴⁹ Cajarville Peluffo, J.P., “Visión actual ...”, en *Cajarville Peluffo, J.P., Sobre Derecho ...*, t. II, pp. 629 y 630; Delpiazzo, C.E., “Medidas cautelares ...”, en *Anuario ...*, t. XV, pp. 75.

También los citados Profesores redactaron un proyecto de reforma constitucional a pedido del Colegio de Abogados del Uruguay, por el que se adicionaba al artículo 310 de la Constitución un párrafo por el que se facultaba “a pedido de parte, disponer la suspensión del acto impugnado y demás medidas cautelares que se juzguen pertinentes, condenar a la reparación de los daños causados por el acto impugnado y disponer lo que corresponda para la plena ejecución de las sentencias.”⁵⁰ El Colegio de Abogados hizo suyo el proyecto pero la cosa no pasó de ahí.

2. Los esfuerzos de Cajarville Peluffo y Delpiazzo son plenamente compartibles y las soluciones propuestas por ellos plenamente adecuadas. Pero estimo que básicamente esas soluciones pueden perfectamente aplicarse en la actualidad, aunque los proyectos de los ilustres colegas no hayan tenido andamio.

3. A mi juicio esas medidas proceden aun sin texto expreso que las contemple.

Adviértase que, como se ha visto, nadie discute hoy en día la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Nadie discute tampoco que ese derecho es un derecho inherente a la personalidad humana, por lo que es de los comprendidos en el artículo 72 de la Constitución.⁵¹ Ese derecho a la tutela judicial efectiva es recogido expresamente por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley de la República, por lo que es derecho positivo vigente en nuestro país. Y véase que hoy, pacíficamente, se admite que las medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia de las sentencias, derivan del derecho a la tutela judicial efectiva. Esas medidas cautelares, pues, son potestades implícitas que todo juez tiene para asegurar el contenido esencial de la tutela judicial efectiva. El artículo 310 de la Constitución refiere al contenido de la sentencia definitiva pero no impide al Tribunal la adopción de todas las medidas necesarias para la ejecución de las sentencias o las cautelares destinadas a asegurar su cumplimiento.

Naturalmente que esas medidas tienen que estar relacionadas con el

⁵⁰ Delpiazzo, C.E., “Medidas cautelares ...”, en *Anuario ...*, t. XV, pp. 75

⁵¹ El artículo 72 dice: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”

contenido posible de la sentencia, pues están finalizadas a asegurar la eficacia de la sentencia.

Así como al Tribunal Constitucional español le bastó el artículo 24 de su Constitución para admitir con gran amplitud las medidas cautelares en el ámbito del contencioso administrativo, a nosotros nos basta con el artículo 72 de nuestra Constitución, lo que se refuerza con el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Es más, nos basta con la sola consideración de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano, por lo que es anterior y superior a la propia Constitución.

No existe así ningún obstáculo para que en el estado actual de nuestro Derecho, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo disponga medidas cautelares con la amplitud con que son recibidas en el Derecho Procesal contemporáneo.

3. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe reconocer que existen textos legislativos vigentes aplicables al contencioso administrativo anulatorio seguido ante el TCA, en la línea de los propuestos por Cajarville Peluffo y Delpiazzo.

El proceso administrativo anulatorio se rige en principio por el decreto-ley N° 15.524 y modificativas, entre las que destaco ahora las leyes N° 15.869 y N° 17.292.

El decreto-ley N° 15.524, en su PARTE SEGUNDA denominada “Ordenamiento procesal”, Título II, denominado “Del Procedimiento Jurisdiccional en materia anulatoria”, tiene un Capítulo III, cuyo *nomen juris* es “El Desarrollo del procedimiento anulatorio”.

Ese Capítulo III comienza con un artículo 58 que establece: “El procedimiento será escrito y se observarán las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario.”

Luego, en los artículos 59 y siguientes, el decreto-ley regula determinados aspectos del proceso de manera diversa del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, en lo que a este tema interesa, corresponde tener en cuenta el artículo 104 del citado decreto-ley que establece: “En todos los

puntos no regulados expresamente por esta ley, se estará a lo dispuesto en la Ley de Organización de los Tribunales, Código de Procedimiento Civil y demás leyes que rijan la materia, concordantes, complementarias y modificativas.”

Conforme a lo expuesto, al momento de la vigencia del decreto-ley N° 15.524, el proceso anulatorio se rige por el C.P.C., salvo lo dispuesto expresamente por ese decreto-ley en los artículos 59 y ss.

Por otro lado, el art. 104, que no refiere solo al proceso anulatorio sino a todos los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, torna aplicable la Ley de Organización de los Tribunales, el C.P.C. y demás leyes que rijan la materia, concordantes, complementarias y modificativas (Ley de Abreviación de Juicios, por ejemplo), en aquellos puntos no regulados expresamente por el decreto-ley N° 15.524.

Hasta ese momento no existieron dudas. Las dudas aparecieron con la vigencia del Código General del Proceso.

El C.G.P. en su artículo 544.1 establece:

“Derógase el Código de Procedimiento Civil, sus modificaciones y todas las disposiciones legales que establecen procedimientos diversos a los previstos en este Código.”

Ese artículo es el primero del Título XI, cuyo *nomen juris* es “derogaciones y observancias de este código.”

Pero el artículo 545, cuyo *nomen juris* es “excepciones”, dice: “Tramitarán por los procedimientos establecidos en las leyes especiales pertinentes: ...a)

...b) ...c) Los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Decreto-ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984)...”

Con la vigencia del nuevo código, la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo sostuvo la derogación del C.P.C. aun para el proceso administrativo. Sostuvo que la referencia que el artículo 104 del decreto-ley N° 15.524 efectúa a las normas concordantes, com-

plementarias y modificativas del C.P.C. torna aplicable el C.G.P. a los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por ser el nuevo código derogatorio y, por tanto, modificativo del C.P.C. O sea, para la Procuraduría del Estado el proceso anulatorio se rige por el decreto-ley N° 15.524 y, en lo no previsto por este, por el C.G.P.

A mi juicio, si bien el artículo 544 del C.G.P. deroga el C.P.C., el artículo 545, literal c, del C.G.P. lo torna aplicable para los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Si bien ese artículo 545, literal c, entre paréntesis refiere al decreto-ley N° 15.524 y no al C.P.C., el artículo 58 de ese decreto-ley – como se ha visto – hace aplicables al proceso anulatorio las normas del C.P.C. previstas para el juicio ordinario. Eso hace que la mención que el literal c del artículo 545 del C.G.P. efectúa al decreto-ley N° 15.524 no solo signifique la aplicación del propio decreto-ley sino también del C.P.C., que es la norma a la cual el CPC se remite. La referencia que el artículo 104 efectúa a las leyes concordantes, complementarias y modificativas comprende leyes como la de abreviación de juicios pero no el C.G.P., pues significa alterar totalmente la estructura del proceso.

El C.G.P. prevé un juicio por audiencias; el C.P.C., un proceso escrito. El C.G.P., con el literal c del artículo 545, pretendió que los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo continuaran en régimen escrito y no por audiencias.

Se da pues en este caso, y con relación al C.P.C., el fenómeno que TARIGO denomina de supervivencia de normas genéricamente derogadas pero que subsisten para determinados procesos en particular.⁵²

Las normas del C.G.P. podrían tener aplicación en la acción de nulidad, en subsidio del C.P.C. y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del proceso anulatorio.

Dicho de otra manera, el proceso administrativo de anulación se rige por el decreto-ley N° 15.524 y sus modificativas y por el C.P.C. y sus mo-

⁵² Tarigo, E.E., *Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación*, F.C.U., Montevideo, 1999, p. 36.

dificativas en lo que no fueren incompatibles con las primeras. En los puntos no regulados por las normas antedichas, podría tener aplicación en subsidio el C.G.P. “en lo que sea conciliable con las características propias del proceso contencioso administrativo”, como dijo el Tribunal en la sentencia N° 183, de 16 de julio de 1991.

Si sostenemos para estos procesos la vigencia del Código de Procedimiento Civil, corresponde la aplicación de su Título VIII (artículos 828 y siguientes) que refiere a los secuestros y embargos preventivos. Pero también corresponde la aplicación del artículo 62 de la ley N° 13.355, de 17 de agosto de 1965 (Ley de Abreviación de Juicios) que establece:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título VIII, Parte Segunda, del Código de Procedimiento Civil, los jueces podrán decretar, a petición de parte, las medidas cautelares que estimen indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo.

La existencia del derecho y el peligro de su lesión o frustración se justificarán sumariamente.

El Juez fijará la extensión de la medida y exigirá la previa prestación de garantía real o personal, salvo que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante.

La resolución que recaiga será apelable en relación y con solo efecto devolutivo cuando hiciera lugar a la medida solicitada.

Cuando estas medidas se adopten antes de la iniciación del juicio, quedarán sujetas al régimen establecido en el artículo 841 del Código de Procedimiento Civil.

Las medidas previstas en este artículo no serán aplicables contra el Estado o personas jurídicas de Derecho Público.”

Como se percibe, este artículo habilita a adoptar genéricamente todas las medidas cautelares que sea necesario para la protección de un derecho y fija como requisitos los clásicos *fumus bonis iuris* y *periculum in mora* además de la contracautela, a menudo también exigida en la normativa procesal contemporánea.

Es cierto que este artículo, por su inciso final, vedaba la aplicación de esas medidas cautelares contra el Estado o en general contra las personas jurídicas de Derecho Público.

Pero, como se ha visto, esa disposición es incompatible con la tutela judicial efectiva, derecho humano de los comprendidos genéricamente en el artículo 72 de la Constitución.

Por tanto, así como el Tribunal Constitucional español declaró inconstitucionales las leyes que prohibían la adopción de medidas cautelares contra la Administración por ser incompatibles con la tutela judicial efectiva,⁵³ debe considerarse inconstitucional este inciso final del artículo 62 de la Ley de Abreviación de Juicios en análisis, dictada durante la vigencia de la Constitución de 1952.

Y como la Constitución de 1967 reprodujo textualmente y con el mismo número el artículo 72 de la Constitución de 1952, la nueva Carta derogó el inciso final del citado artículo 62 de la Ley de Abreviación de Juicios. Se trata de una derogación por oposición superveniente.

A mayor abundamiento, se puede decir que ese inciso final del aludido artículo 62 resulta también incompatible con el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica que recoge expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que también corresponde sostener su derogación por ese motivo.

Si, por el contrario, si se sostiene –como lo ha sostenido la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo– que procede la aplicación del Código General del Proceso, pues a su juicio este derogó al C.P.C. y por ende a la L.A.J., y el C.G.P. es así una de las normas *modificativas* a que refiere el artículo 104 del decreto-ley N° 15.524, corresponde la aplicación de los artículos 311 a 317 de este último Código.⁵⁴

⁵³ Martín Rebollo, L., *Leyes administrativas ...*, p. 128.

⁵⁴ TÍTULO II. PROCESO CAUTELAR. Capítulo I. Disposiciones generales.- Artículo 311. Universalidad de la aplicación.- 311.1 Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario.- 311.2 Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.- 311.3 Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite.

Art. 312 Procedencia.- Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso.- La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.

Art. 313.- Facultades del Tribunal.- En todo caso corresponde al Tribunal: 1) Apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente; 2) Establecer su alcance; 3) Establecer el término de su duración; 4) Disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose, en el caso de la petición y para su sustanciación, el procedimiento de los incidentes; 5) Exigir la prestación de contracautela suficiente, salvo el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticionario.

Capítulo II. Procedimiento.- Artículo 314. Requisitos de la petición.- 314.1 Será competente para entender en la medida cautelar, si la misma fuere solicitada como diligencia preliminar, el tribunal que lo es para entender en el proceso posterior.- Si el tribunal se considerare incompetente, deberá rechazar de plano su intervención. Sin embargo, la medida ordenada por un tribunal incompetente será válida si se cumplen los demás requisitos legales, pero no se prorrogará la competencia, debiendo remitirse las actuaciones, no bien sea requerido o no bien se ponga de manifiesto la incompetencia no prorrogable, al tribunal que sea competente.- 314.2. La petición deberá contener: 1) La precisa determinación de la medida y de su alcance. 2) El fundamento de hecho de la medida, el que resultará de la información sumaria que se ofrezca o de los elementos existentes en el proceso o de los que se acompañen o de la notoriedad del hecho o de la naturaleza de los mismos. 3) La contracautela que se ofrece.- 314.3 Realizado el diligenciamiento de la información sumaria o, si lo considera necesario, en su primera providencia, el tribunal resolverá el rechazo o la admisión de la medida, con expresión de su alcance y demás características a que refiere el artículo 313.

Art. 315.- Recursos.- 315.1 La medida se decretará sin conocimiento ni intervención de la contraparte. Ningún incidente o petición planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.- 315.2 Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas en forma completa y concreta con motivo de su ejecución, se le notificará dentro del tercer día de cumplidas. En todos los casos, podrán ofrecerse garantías sustitutivas, sin que el trámite de esa petición obste al cumplimiento de la medida dispuesta; pero cumplida, si el tribunal estimare suficiente la garantía sustitutiva, ordenará el cese de la dispuesta.- 315.3 La providencia que admita o deniegue una medida cautelar será recurrible mediante reposición y apelación; también lo será toda otra providencia modificativa de la medida.- La providencia que decreta una medida o dispone su sustitución por otra será apelable sin efecto suspensivo.

Art. 316. Medidas específicas.- 316.1 El tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar (artículo 312).- 316.2 La resolución que disponga una intervención necesariamente fijará su plazo, el que podrá ser prorrogado mediante la justificación sumaria de su necesidad y las facultades del interventor, que se limitarán a las estrictamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque, debiéndose, en lo posible, procurar la continuación de la explotación intervenida. El tribunal fijará, así mismo, la retribución del interventor, la cual, si fuere mensual, no podrá exceder de la que percibiere, en su caso, un gerente con funciones de administrador en la empresa intervenida; se abonará por el peticionario o, mediando circunstancias que así lo determinen, por el patrimonio intervenido y se imputará a la que se fije como honorario final, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto a la parte que deba soportar su pago.

Art. 317.- Medidas provisionales y anticipadas.- 317.1 Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.- 317.2 Como medida provisional o anticipada podrá disponerse el remate de bienes que se hubieren embargado o, en general, se encontraren sometidos a cualquier me-

O sea, en este caso procede aplicar las mismas medidas y el mismo régimen que Cajarville Peluffo y Delpiazzo pretendieron aplicar a texto expreso con su proyecto.

Como, según opinión ya emitida en cuanto a la ley procesal aplicable para la acción de nulidad,⁵⁵ procede aplicar la solución del C.P.C. y de la L.A.J., salvo el último inciso del artículo 62 en virtud de la derogación ya señalada, solo en subsidio de esta normativa se aplica el C.G.P.

De todas maneras, como no existen diferencias esenciales entre un régimen y otro, no analizo las diferencias. En efecto, sin perjuicio del mayor rigor técnico del C.G.P., debe reconocerse que ambos sistemas son amplios en cuanto a las medidas, las potestades del juez para fijar la extensión de la medida y la oportunidad procesal para solicitarla, y son similares los requisitos exigidos.

4. En virtud de lo expuesto cabe señalar que si no se adoptan otras medidas cautelares en el marco del contencioso administrativo de anulación no es porque no se pueda, sino porque no se quiere. Es preciso, pues, abrir la mente y pensar más en los derechos humanos que en las prerrogativas de la Administración.

didca cautelar, cualquiera sea la materia del proceso, que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse o cuya conservación irrogue perjuicios o gastos desproporcionados a su valor.- En estos casos, el tribunal podrá, a petición de parte y escuchando a la otra, disponer su remate por resolución inapelable y depositar el producto en valores públicos, a la orden del tribunal y bajo el rubro de autos.- 317.3 Estas medidas se regularán, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 311 a 316.

⁵⁵ Durán Martínez, A., *Contencioso ...*, pp. 307 y ss.

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN SEDE JURISDICCIONAL

Por Jean Claude Tron Petit

1. Qué es discrecionalidad

La exposición de motivos de la Ley de Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1956 española (García 2005: 155) dice con encomiable precisión, que:

La discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público.

En ese contexto se tiene que todo poder discrecional —entendido como potestad— es atribuido por el ordenamiento. Resulta entonces que no hay discrecionalidad al margen de la ley ya que la potestad de optar, la habilitación disyuntiva entre varias opciones, todas igualmente válidas y aceptables, debe estar prevista y, por ende, sometida al orden jurídico.

Alonso (1998: 223) dice que:

La discrecionalidad es la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso, cuando la razón de ser de esa libertad sea distinta de la existencia de límites en el razonamiento jurídico y del legítimo ámbito de las pretensio-

nes de las partes, de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas.

Un aspecto que se debe excluir, es enfáticamente la discrecionalidad de juicio, entendida como la interpretación de las nociones y conceptos que se prevén en las normas.¹

Pero sucede que, en la práctica cotidiana de los tribunales y la doctrina, el concepto es ambiguo pues se habla de discrecionalidad, indistintamente, con cualquiera de las siguientes connotaciones:

- Política;²
- Técnica;
- Margen de elección o apreciación para atribuir las consecuencias normativas por razones de oportunidad o conveniencia;³
- Interpretar y aplicar conceptos jurídicos indeterminados; y,
- Actos de la Administración no sujetos a control jurisdiccional.⁴

Las decisiones adoptadas según criterios políticos son las únicas, auténticas y puras, expresiones de discrecionalidad. Por esa razón, escapan a cualquier tipo de control en sede judicial, en tanto no es jurídico su núcleo esencial. Este criterio es el que informa a la tesis siguiente:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS CUESTIONES MERAMENTE POLÍTICAS NO SON SUSCEPTIBLES DE ANÁ-

¹ No se trata de una potestad para elegir, una de entre varias opciones, solo hay una conclusión pero no es evidente y, por tanto, esa alternativa es la que debe descubrirse o construirse para el caso particular.

² Es importante distinguir la función administrativa de la política, tanto por su naturaleza, sus objetivos, instrumentos pertinentes y sujetos que la ejercen. En ambos casos existe una responsabilidad sólo que los referentes y las sedes donde se pueden hacer valer son distintas.

³ Se le denomina también libertad de elección, concepto que merece distinguir de la arbitrariedad o libertinaje donde no hay controles, principios ni valores que encaucen a mantener una razonabilidad para satisfacer, de la mejor manera, con la máxima eficiencia y perspectivas, el interés público.

⁴ En este aspecto cabría diferenciar actos discrecionales por razones sustanciales esto es, los que admiten dos o más soluciones válidas, cualquiera de ellas; de los no justiciables —no sujetos a control judicial— por razones jurídico-formales. La tendencia en el auténtico y funcional Estado de Derecho es que siempre exista ese control, aunque con matices de intensidad.

LISIS EN SEDE JUDICIAL.- Con la finalidad de ejercer correctamente el control constitucional, es necesario observar la mayor prudencia en el uso de las facultades propias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y discernir las causas justiciables de las que no lo son. En razón de lo anterior, aquellos casos que involucren el estudio de una cuestión meramente política no son susceptibles de análisis en sede judicial mediante controversia constitucional, cuyo objeto de tutela está claramente delimitado al ámbito de atribuciones que la Constitución Federal confiere a los órganos originarios del Estado, pues, si bien es cierto que a través de este medio de control es posible plantear cuestiones que comporten aspectos de índole política, en atención a la naturaleza de las entidades, poderes u órganos legitimados para intervenir en el proceso, también lo es que, de examinarse asuntos que correspondan en su totalidad a esa esfera de actuación, se caería en la judicialización de cuestiones estrictamente políticas, excediendo con ello los fines y principios que con el aludido medio de control constitucional pretenden salvaguardarse.⁵

Fernando Sainz (1976: 304-306 y 347) comenta que la potestad decisoria discrecional suele fundarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Naturaleza del objeto o tema sobre el que se decide y puede ser a partir de:
 - ◆ Cuestiones importantes o difíciles que no permiten predeterminar ni preveer soluciones jurídicas; o bien,
 - ◆ Dificultad técnica o valorativa para conocer o enjuiciar.
- Posición institucional de la Administración, para configurar *per se* el orden social. En estos casos la libertad conferida a las autoridades es relativa, en mayor o menor proporción.
- La norma jurídica no formula un criterio de decisión, por lo que el vacío o hueco debe ser llenado con el óptimo o la solución más conveniente para el interés público.

⁵ No. Registro: 169,915 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXVII, Abril de 2008 / Tesis: 1a. XXXV/2008 / Página: 1780.

- El criterio decisorio es político.

Para concluir, resulta que, en términos generales, la decisión discrecional es aquella que se toma entre dos o más soluciones, todas igualmente válidas para el Derecho.⁶

a) Aspectos reglados y discrecionales en el acto discrecional

Los actos administrativos emitidos conforme a potestades discrecionales, usualmente combinan algunos elementos reglados y otros de carácter discrecional.

Los primeros consisten en aspectos tales como:

- Potestad atribuida a la Administración y su extensión;⁷
- Competencia;
- Procedimiento que debe preceder al dictado del acto;
- Fines para los cuales el orden jurídico confiere facultades discrecionales;
- Motivación en aspectos formales y de racionalidad;
- Tiempo, ocasión y forma de ejercicio de las atribuciones;
- Fondo parcialmente reglado (personas, quantum, etc.); y,
- Hechos determinantes del presupuesto y aplicación de principios.

Cabe puntualizar que la potestad y margen de elección y decisión pueden estar dirigidos, bien sea a los medios conferidos a la autoridad o, en su caso, a los fines que deba satisfacer.

Los segundos, esto es, los elementos de carácter discrecional, tienen como sustancia o temática:

⁶ (Sainz 1976: 304).

⁷ Son múltiples los casos en que el fin está reglado y la elección de medios es facultad discrecional.

- Facultades normativas;
- Determinaciones y soluciones en aspectos técnicos, especialmente complejos;
- Decisiones políticas;
- Temas en los que el orden jurídico, aparentemente, no ha previsto una alternativa;⁸
- Circunstancias y prácticas donde es preciso determinar criterios de oportunidad y mérito, en casos concretos, a efecto de hacer dúctil la respuesta de la Administración, especialmente en lo concerniente a eficiencia y obtener las mejores y más plausibles consecuencias.⁹ Estas ideas se aprecian en el esquema 1

b) Discrecionalidad política y técnica

La discrecionalidad política, esencialmente, consiste en elegir o construir políticas públicas adecuadas, oportunas y con mérito para así atender de la mejor manera necesidades de los ciudadanos, lo que implica ponderar intereses concretos en casos particulares con el fin de obtener las mejores consecuencias, lo que es propio, característico y exclusivo de los actos de gobierno, no así de la Administración.

La única posibilidad de control judicial y sólo será a nivel superficial, es cuando tales actos o decisiones impliquen un atropello desproporcionado, irrazonable e innecesario de los derechos fundamentales, donde el tribunal constitucional respectivo, podrá intervenir con extrema cautela. Esto sucede cuando se lleguen a violentar, sin justificación ni razón, los fines constitucionales, por y para los que se concedió la amplia potestad.

Con especial referencia a la función legislativa que implica, *per se*, construir políticas públicas y estratégicamente orientar las actividades

⁸ Las tendencias más actuales y progresistas establecen siempre un control de legitimidad de la justicia material que ponga en evidencia una actitud y conducta responsable y plausible de las autoridades, lo que determinará la razonabilidad de su actuar.

⁹ Existe la previsión legal de varios cursos de acción, todos correctos, existiendo libertad de elección entre las diferentes opciones, todas igualmente válidas.

En conclusión, se dan diferentes grados, niveles y segmentos de discrecionalidad o control judicial

sociales, los tribunales mexicanos han reconocido, en el tema específico de política tributaria, un rango de autonomía de los legisladores:

IMPUESTOS. EXISTE DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA PARA DETERMINAR SU OBJETO, SIEMPRE Y CUANDO SEAN PROPORCIONALES Y EQUITATIVOS.- En cuanto a la elección del objeto de los impuestos, existe discrecionalidad absoluta a favor del legislador para decidir, desde un punto de vista político, cuáles son los supuestos de hecho o de derecho que, de realizarse, determinan la causación de un impuesto, eligiendo discrecionalmente las fuentes de riqueza con que se ha de cubrir el monto de las contribuciones. Esto es lo que se conoce como política fiscal, la cual corresponde al Congreso, ya sea el federal o el local respectivo. En este sentido, la condición y única limitante constitucional al legislador, consiste en que las contribuciones sean proporcionales y equitativas y no lleguen a ser exorbitantes y ruinosas según lo dispone el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal. Por tanto, el Estado, al establecer las contribuciones, grava la riqueza de los particulares, la que conforme a la técnica fiscal puede manifestarse a través de la obtención de ingresos, la propiedad de un patrimonio o capital, o la realización de gastos o erogaciones destinados a adquirir bienes o servicios.¹⁰

Un ejemplo de potestades relativas o no puras es la facultad reglamentaria de la Administración, donde puede proveer a la ejecución de las leyes, creando reglas en aspectos o temas omitidos o deficientemente atendidos por el legislador pero sin sobrepasar el contenido o marco fijado por la ley, atendiendo siempre los principios de reserva, preferencia y no innovación.

En cambio, la discrecionalidad técnica se entiende¹¹ como una dificultad

¹⁰ No. Registro: 187,208 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XV, Abril de 2002 / Tesis: I.4o.A.332 A / Página: 1272. En igual sentido también la tesis: No. Registro: 900,229 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional / Octava Época / Instancia: Pleno / Fuente: Apéndice 2000 / Tomo I, Const., Jurisprudencia SCJN / Tesis: 229 / Página: 273 / Genealogía: Gaceta número 19-21, Pág. 49. / Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, Primera Parte, Pág. 129, tesis P./J.38 (número oficial 12/89). / APENDICE '95: TESIS 148 PG. 151.

En criterios recientes la SCJN ha reconocido que alcanzar los fines extrafiscales previstos en la Constitución legitima también a la política tributaria.

¹¹ De entre varios conceptos o aproximaciones que existan respecto al mismo.

tad¹² para recurrir a expertos que habiliten al «juez promedio» a fin de analizar, evaluar, sustituir y asumir plenamente el control sobre lo resuelto por la autoridad administrativa.¹³ Estas razones impiden o imposibilitan calificar de manera plena las apreciaciones de carácter técnico en lo sustancial, lo que requeriría disponer y aplicar conocimientos especializados, fundamentalmente para apreciar los hechos del caso y verificar si se satisfacen las condiciones del supuesto.

Por tanto, el juez determina hasta donde puede fiscalizar¹⁴ y matiza aspectos donde reconoce a la Administración un margen cognoscitivo de apreciación y de decisión exclusivo. La razón es obvia, el control judicial es de contenido jurídico y no puede inmiscuirse o invadir aspectos técnicos, respecto de los cuales el juez es incapaz de conocer y poder así evaluar fundadamente una sustancia que sólo es accesible para expertos.

En este sentido el TS define sintéticamente lo que sí es competencia judicial aún en casos de discrecionalidad técnica, en los siguientes términos:

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de

¹² A efecto de conocer y decidir.

¹³ En muchos casos sucede que la norma de reconocimiento hace jurídicos aspectos que pertenecen a otras disciplinas y entonces las decisiones que debe tomar el juez debieran de ser como las de un experto o entendido en aspectos tales como economía, contabilidad y finanzas, mercadotecnia, telecomunicaciones, ambiental, ciencia política, etc. Todo esto por supuesto que son obstáculos insuperables por lo que si hay una razonabilidad y motivación formal adecuada, el control judicial se reduce al mínimo, esa es la idea que permea en el *deference* norteamericano.

¹⁴ Esto significa que la profundidad de su evaluación se limita a los aspectos jurídicos formales.

que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate.¹⁵

Estas ideas coinciden con lo resuelto por el Pleno de la SCJN en el asunto que dio origen a la jurisprudencia P./J. 49/2000 en los términos siguientes:

Efectivamente, se ha señalado en reiteradas ocasiones que el ejercicio de las facultades discrecionales que tengan atribuidas las autoridades, si bien supone un juicio subjetivo de la autoridad que la ejerce y, en esa medida, lo relativo a dichos juicios subjetivos escapan al control del órgano jurisdiccional, toda vez que los Jueces no están facultados para sustituirse al criterio prudencial de otras autoridades, dicho principio no implica de manera alguna que se encuentren liberadas de fundar y motivar debidamente sus resoluciones ni mucho menos, o que puedan actuar en forma arbitraria o caprichosa, de tal manera que el Juez podrá anular el ejercicio de esta facultad en la medida en que el juicio subjetivo no sea razonable sino arbitrario o cuando sea notoriamente injusto o inequitativo, o bien, cuando omita tomar en consideración circunstancias de hecho o éstas sean alteradas injustificadamente, así como cuando el razonamiento sea ilógico o viole los principios generales del derecho.¹⁶

Otra idea que inspira a ciertos criterios jurisprudenciales es que algunos entes de la Administración son los únicos capacitados en temas altamente especializados y ajenos al Derecho; en ese contexto, se tiene una especial deferencia a sus decisiones en lo concerniente a conocimientos propios y decisiones de su singular competencia.¹⁷

Estas ideas se complementan con decisiones del legislador, que basado en los principios de separación de poderes y democrático, confiere esferas de libertad a determinados órganos para diseñar políticas públicas.

¹⁵ Id Cendoj 289 79 130072008100578, Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso, Madrid de 4 de junio de 2008, Recurso de casación 452/2004.

¹⁶ No. Registro: 6281 / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XI, Febrero de 2000 / Página: 811.

¹⁷ En este sentido la institución del «deference» norteamericano.

c) Discrecionalidad cognitiva y conceptos jurídicos indeterminados, análisis de hechos y su calificación en casos particulares

Los conceptos jurídicos indeterminados son categorías legales, sin límites precisos, que contienen criterios, estándares, directrices o referentes para obligar a que la autoridad califique y decida, si las circunstancias específicas de casos concretos, satisfacen o no el supuesto legal con variados matices de ductilidad o flexibilidad.

De ahí, la idea de aportar fórmulas abstractizantes donde es imposible o desaconsejable predeterminar una solución reglada y exacta; en cambio, se pretende obtener la mejor alternativa posible, con óptima eficiencia, buscando o construyendo la calificación para cada caso en particular.

El TS sobre el tema expresa que:

*«el cual es configurado por la Ley como un supuesto que permite una sola solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, o una única interpretación acorde con la finalidad de la norma, atendidas las circunstancias reales del caso, por lo que su alcance ha de fijarse en vista a hechos plenamente acreditados».*¹⁸

Esta «movilidad» en la operación intelectual¹⁹ de las circunstancias, para concluir si se satisface o no el criterio normativo, obliga a motivar de manera “reforzada” a fin de dar cuenta de cómo se ejerció la liberalidad o discrecionalidad cognitiva.

Dicen Atienza y Ruiz (2000: 41) que, usualmente, el legislador guía la conducta mediante un concepto jurídico indeterminado, ordenado o prohibiendo acciones que merezcan una cierta calificación valorativa pero sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuáles son las condiciones de aplicación de la calificación valorativa en cuestión.

En ese contexto, cuando se aplica un concepto indeterminado, será menester concretar y reducir la vaguedad o ambigüedad tanto del compo-

¹⁸ STS 1166/2005 del 7/5/2008, Id Cendoj: 28079130032008100182.

¹⁹ Que obliga a la autoridad a expresar lo que cree, juzga, estima o aprecia en el caso concreto, dentro de un margen controlable de razonabilidad.

nente valorativo²⁰ como del descriptivo respecto de las circunstancias o elementos sobre los que se aplica la ponderación²¹ motivando adecuadamente el *iter* decisonal.²²

Interés público en concepto jurídico indeterminado con alta dosis de discrecionalidad

Es común advertir un contenido nuclear del concepto, al que la doctrina denomina zona de certeza, pero asociada, aparece una zona de incertidumbre que debe ser concretada en cada caso, si es que la descripción lo permite, en referencia a circunstancias particulares.

El concepto de interés público implica gran vaguedad, al mismo tiempo que es polifacético y ambiguo por lo que genera múltiples comentarios, tanto en la jurisprudencia como la doctrina.

Comenta Sainz (1976: 313-332) que son intereses públicos o generales de todos los individuos,²³ de ahí su preferencia y que ninguno disponga de ellos como suyos.²⁴ Pero además el concepto puede tener una doble función y naturaleza según se le estime como:

- Principio político, de naturaleza indefinida que es menester construir con un criterio de discrecionalidad.

En este enfoque se contempla a las ideas elementales de la organización política que son los grandes referentes de valores, principios y fines que determinan y orientan como elegir y elaborar las políticas públicas.

Rigen especialmente las ponderaciones basadas en mérito y oportunidad para definir que se entiende por interés público, lo que, en ocasio-

²⁰ Un ejemplo puede ser la proporcionalidad, equidad o el abuso.

²¹ También para ejemplificar cabe traer a colación la «capacidad contributiva» o el «poder sustancial» en un determinado mercado relevante como evidencias de descripciones con alto nivel de vaguedad. En los casos que se asocian ambos problemas es posible hablar de «vaguedad radical».

²² Puede ser el caso que la descripción normativa sea tan amplia que el legislador no cumpliría con su función delimitadora y dejaría en total libertad al ejecutivo para decidir, lo cual incidiría en la inconstitucionalidad del precepto dictado en blanco y sin un mínimo de seguridad jurídica, STC 40/1998 del 19/2/1998.

²³ Pudiera decirse son tanto de carácter transindividual como individual, además de irreductibles y, en ocasiones, indisponibles.

²⁴ No son susceptibles de apropiación o disfrute individual.

nes, el legislador encomienda a la Administración, tal es el caso típico de las agencias norteamericanas.

- Concepto jurídico, son los fines que dirigen y orientan la actividad administrativa, expresados de manera abstracta y de carácter indeterminado pero concretable en circunstancias específicas donde debe ser interpretado aunque haciendo uso de referentes evolutivos y ponderaciones.

Son referencias a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados, En esa medida, son criterios útiles y necesarios para resolver conflictos en casos concretos que, por tanto, es menester definir al momento de aplicarse para armonizar intereses contrapuestos o en tensión, basados en confrontar el interés público y la realidad o circunstancias específicas.

La motivación es siempre exigible para explicar y justificar la interpretación atribuida de la norma en su correlación con la calificación de los hechos. No obstante se debe reconocer a favor de la autoridad un cierto margen de apreciación para que adopte la mejor solución. No es una libertad de opinión sino una dificultad de prueba para conocer cual es la solución que la norma postula.²⁵

El objetivo es elegir o describir que hechos o alternativas son acordes al interés público.

Con palabras de García de Enterría (2002: 460) se entiende al interés público como un instrumento conceptual que reduce la discrecionalidad y evita arbitrariedad del decisor en tanto lo obliga a motivar —explicar y justificar— en casos concretos.

Es indiscutible que al ser juicios disyuntivos, su aplicación sólo admite llegar a la «única solución justa»; en cambio, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente correctas desde la perspectiva del derecho.

En efecto y no obstante ser un concepto hueco, tal espacio se debe lle-

²⁵ Sainz (1976: 347-348)

nar con referencias a un caso; no basta con decir que hay interés público, hay que concretar en qué consiste, ante circunstancias peculiares. Ese concepto hueco debe ser llenado de contenido aplicando las circunstancias específicas del caso²⁶

A partir de estas precisiones es factible distinguir al interés público como:

- a) razón para la discrecionalidad política de,
- b) un concepto jurídico indeterminado pero que debe ser concretado y es la base del ejercicio de facultades regladas, plenamente controlables en sede judicial.

Comenta Brewer (2007: 106), un caso donde la autoridad administrativa revoca una visa y el correspondiente criterio del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela²⁷ donde puntualiza la zona de penumbra entre la indeterminación y la discrecionalidad, aduciendo que:

...el acto revocatorio de la visa cuando está soportado en razones de interés público, es un acto de naturaleza administrativa, que colinda entre los denominados actos administrativos soportados en la potestad discrecional y los actos administrativos cuyo sustento es un concepto jurídico indeterminado. Es decir, tiene una mixtura por tener propiedades de ambos, y allí discurre.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala distinguió:

...la potestad discrecional (es decir), facultad que otorga la ley a la autoridad administrativa para escoger entre varias soluciones igualmente autorizadas ex lege en un caso concreto (donde en más de las veces será por razones de oportunidad que se tome o no la decisión); y los actos que atienden a conceptos jurídicos indeterminados... que sólo admiten una justa solución, es decir, que el ordenamiento jurídico sólo permite o autoriza una específica resolución con absoluta exclusión de otras.

²⁶ Serrano (2007).

²⁷ Criterio de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 9 de octubre de 2001.

Y más adelante agrega, que al ser manifiesta la situación trasgresora del interés público,²⁸ resulta que:

...se pasa a la segunda fase, donde la administración con su arbitrio dispondrá o no la pertinencia de la revocatoria de la visa, a su entera discreción. Y sin lugar a dudas en el marco de la norma tal ejercicio es potestativo, ya que bien puede escoger por no revocar la visa y así permitir la permanencia legal del ciudadano de que se trate, sin perjuicio que los hechos violentadores del orden jurídico pueda comportar para el transgresor sanciones de otra índole (verbigracia, penas privativas de libertad por estar incurso en hechos penalmente sancionales).²⁹

Serrano (2007) plantea un paradigma difícil de afrontar y es cuando para motivar un acto discrecional se usa un concepto jurídico indeterminado. Concluye que habiendo varias motivaciones igualmente justas, debemos elegir una de ellas, sabiendo que la contraria es igualmente justa. Al final, la motivación de actos se reduce exclusivamente a “exponer un motivo”, cualquiera que este sea (casi siempre lícito, pero a veces inconfesable).

En relación con el tema de cómo y en qué momento se puede concretar el sentido y alcance de los conceptos jurídicos indeterminados son elocuentes las siguientes razones del Pleno de la SCJN:

Sin embargo, ha de tenerse presente que el lenguaje jurídico, al igual que el lenguaje común, no escapa de la indeterminación que es propia de ciertos vocablos cuya definición abstracta adquiere un sentido específico sólo cuando es posible aplicarla en un caso concreto; sirva de ejemplo la cita de numerosos conceptos jurídicos -que algún sector de la doctrina califica como conceptos jurídicos indeterminados- de uso frecuente en los textos legales o inclusive en la jurisprudencia de este Alto Tribunal, tales como “orden público”, “interés social”, “extrema necesidad”, “ruinosidad”, “utilidad pública”, “apariencia del buen derecho”, “importancia y trascendencia”, “bien común”, los cuales adquieren un significado preciso y concreto sólo en presencia de las circunstancias específicas de cada caso particular.

²⁸ Entendido como un concepto jurídico indeterminado.

²⁹ Ahora la aplicación del interés público para decidir la suerte del sujeto ya es una facultad discrecional.

Cuándo una medida es contraria al orden público, cuándo un acto es contrario al interés general, cuándo un asunto es de importancia y trascendencia, cuándo un particular goza de la apariencia del buen derecho, cuándo una edificación se halla en estado de ruinosidad, cuándo una persona se halla en extrema necesidad, son cuestiones que no pueden resolverse a través de una definición formal de los conceptos, sino únicamente mediante el examen de los casos particulares respecto de los cuales se plantea su aplicación.

Ocurre en estos casos que el legislador se ve precisado a emplear estos conceptos jurídicos indeterminados porque la solución de un asunto concreto depende justamente de la apreciación particular de las circunstancias que a él concurran, lo cual de ninguna manera significa que se deje en manos de la autoridad administrativa la facultad de dictar libremente o incluso arbitrariamente la resolución que corresponda, pues en todos estos casos, el ejercicio de la función administrativa está sometida al control de las garantías de fundamentación y motivación que presiden el desarrollo no sólo de las facultades regladas o discrecionales, sino también de aquellas en que ha de hacerse uso del arbitrio.³⁰

Los problemas de interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados han sido objeto de pronunciamiento de la jurisprudencia mexicana en los términos siguientes:

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRETIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD.- *Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos*

³⁰ No. Registro: 6668 / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XII, Julio de 2000 / Página: 278, A R 2617/96, fallado en sesión del 15 de mayo de 2000.

conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas. Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. Para completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema normativo-. Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.³¹

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS O FLEXIBLES. LA FALTA DE UNA DESCRIPCIÓN PORMENORIZADA DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR PARA VALORARLOS Y FIJAR SU

³¹ No. Registro: 177,342 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXII, Septiembre de 2005 / Tesis: I.4o.A.59 K / Página: 1431.

ALCANCE Y SENTIDO ES UN HECHO QUE PUEDE SUBSANARSE AL MOMENTO DE APLICARLOS SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PUEDA DICTAR SUS RESOLUCIONES EN FORMA ARBITRARIA.- Los conceptos jurídicos indeterminados o flexibles aunque en apariencia carecen de una definición concreta, son peculiares en las leyes que, al ser generales, impersonales y abstractas, tienen que incluir términos universales ante la imposibilidad de un casuismo riguroso. Por tanto, la compleja indeterminación de tales enunciados ha de ser dotada de contenido concreto mediante la aplicación, correlación, calificación y ponderación de los hechos o circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice su valoración, y que puedan resultar congruentes con su expresión genérica. Así, esa definición en abstracto, de conceptos laxos o inciertos (precio justo, justicia, autonomía) cuyo contenido puede ser científico, tecnológico, axiológico, económico, político, sociológico o perteneciente a otras disciplinas a las que es menester acudir, adquiere un significado específico, preciso y concreto en presencia de las circunstancias definidas en cada caso particular; esto es, al ser contextualizadas con los hechos del caso, es posible verificar si se obtienen o no los objetivos y fines que deben alcanzar y derivar las consecuencias respectivas, que tomando en cuenta los intereses en conflicto permitan encontrar una solución concreta y práctica, por lo que la aparente vaguedad por falta de una descripción pormenorizada que no detalla los citados medios para una predeterminación a priori del alcance, sentido o contenido limitativo del concepto, es un hecho que puede subsanarse al momento de ser aplicado y no implica dejar en manos de la autoridad la facultad de dictar arbitrariamente la resolución correspondiente, pues el ejercicio de la función administrativa está sometido al control de las garantías de fundamentación y motivación tanto en los casos de las facultades regladas como en el de aquellas donde ha de hacerse uso del arbitrio o la discreción, explicitando mediante un procedimiento argumentativo por qué los hechos o circunstancias particulares encuadran en la hipótesis normativa que, entonces sí, resulta concretada al momento de subsumir los acontecimientos y motivar de esa manera la decisión, evitando visos de arbitrariedad.³²

³² No. Registro: 172,068 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia:

d) Arbitrariedad, ausencia de referentes o controles

Como antes apunté, la indeterminación de los conceptos jurídicos tiene límites, pues no debe el legislador elaborar leyes en blanco, carentes de los mínimos referentes de actuación y control de la actuación de la autoridad, de manera que den pauta, posibiliten y faciliten la arbitrariedad. Incluso, las facultades discrecionales, deben estar enmarcadas y constreñidas a satisfacer ciertos fines y conforme a referentes elementales.

Si esto no sucede así, es obvio que la norma habilitante adolece de inconstitucionalidad, tal como la SCJN ha establecido.

PERMISOS DE RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, EN CUANTO CONCEDE DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES CONFERIDAS A LA SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES PARA EL OTORGAMIENTO DE AQUÉLLOS, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.- El citado precepto establece que el procedimiento para el otorgamiento de los permisos de radiodifusión se sujetará a lo siguiente: “I. Los solicitantes deberán presentar, cuando menos, la información a que se refieren las fracciones I, III, IV y V del artículo 17-E de esta Ley, así como un programa de desarrollo y servicio de la estación; II. De considerarlo necesario, la Secretaría podrá sostener entrevistas con los interesados que hubiesen cumplido, en su caso, con los requisitos exigidos, para que aporten información adicional con relación a su solicitud. Lo anterior, sin perjuicio de la demás información que la Secretaría considere necesario recabar de otras autoridades o instancias, pa-

Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVI, Julio de 2007 / Tesis: I.4o.A.594 A / Página: 2472.

En este sentido y especialmente destacando la necesidad de acudir a la significación o apreciación financiera de hechos relacionados con aspectos deducibles para efectos del Impuesto sobre la Renta las tesis de jurisprudencia siguientes: RENTA. EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN XVI, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, AL INCLUIR LA EXPRESIÓN “NOTORIA IMPOSIBILIDAD PRÁCTICA DE COBRO”, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2005). No. Registro: 170,030 / Tesis aislada / Materia(s): Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXVII, Marzo de 2008 / Tesis: 1a. XXIII/2008 / Página: 126.

En similar sentido y criterio la tesis: No. Registro: 177,479 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXII, Agosto de 2005 / Tesis: I.4o.A.500 A / Página: 2004.

ra el cabal conocimiento de las características de cada solicitud, del solicitante y de su idoneidad para recibir el permiso de que se trate. III. Cumplidos los requisitos exigidos y considerando la función social de la radiodifusión, la Secretaría resolverá a su juicio sobre el otorgamiento del permiso.”. Ahora bien, las citadas fracciones I y III en cuanto señalan “cuando menos” y “a su juicio”, respectivamente, así como la primera parte de la fracción II, violan los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al conceder a la autoridad un amplio margen de discrecionalidad para solicitar la información y exigir los requisitos que considere convenientes, aun cuando no se relacionen con los contemplados en el artículo 17-E de la Ley Federal de Radio y Televisión, así como para decidir en qué casos sostendrá entrevistas con los interesados y qué información adicional recabará en esas entrevistas y, por último, para decidir a cuáles de los solicitantes que hayan reunido los requisitos legales otorgará o negará el permiso. Ello es así porque, la ausencia de reglas específicas y criterios objetivos propicia la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades otorgadas a la autoridad y coloca a los solicitantes de los permisos en un grave estado de incertidumbre.³³

En tratándose del procedimiento de fiscalización, el Código Fiscal de la Federación establece la concurrencia de facultades regladas y discrecionales que deben ser controlables cuando no se atiende el fin del acto.

El problema es que la ley no prevé ese fin lo que da pauta a la arbitrariedad -discrecionalidad sin control- por falta de un referente respecto la legitimidad del acto.

Esto sucede, entre otros casos, cuando la intromisión a los domicilios particulares de los gobernados es desproporcionada, ya que el medio -fiscalización- conferido se puede utilizar arbitrariamente y sin medida para el fin -cobro de contribuciones con la mínima intervención- al grado que se puede incidir y reincidir en usurpaciones sin límite.

El siguiente criterio reitera la nulidad que se ha calificado como de ple-

³³ No. Registro: 170,666 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVI, Diciembre de 2007 / Tesis: P./J. 55/2007 / Página: 1083.

no derecho o absoluta³⁴ precisamente cuando se dan los abusos aludidos, llegando al grado, incluso, de adjudicar inconstitucionalidad a los preceptos que faculten tales intervenciones.

VISITAS DOMICILIARIAS. EL ARTÍCULO 46, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE DE ENERO DE 2004 HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2006, VIOLA LA GARANTÍA DE INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- Una nueva reflexión sobre el tema de las visitas domiciliarias conduce a esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a apartarse del criterio sustentado en la tesis 1a. CXXV/2004, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, diciembre de 2004, página 380, y a considerar que el artículo 46, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación vigente de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2006, viola la garantía de inviolabilidad del domicilio contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, porque se permite a las autoridades hacendarias emitir nuevas órdenes de visita, inclusive cuando las facultades de comprobación sean para el mismo ejercicio y por las mismas contribuciones o aprovechamientos, sin establecer límite alguno para ello, lo que coloca a los gobernados en un estado de inseguridad jurídica, ya que el legislador no sujeta el ejercicio de esa facultad a la enumeración de los casos que así lo justifiquen, permitiendo que las autoridades fiscales emitan órdenes de visita aun cuando se trate de ejercicios fiscales ya revisados y, en su caso, respecto de los cuales ya exista una resolución que determine la situación fiscal del contribuyente. Lo anterior es así, ya que del análisis de los artículos 38, 43, 44, 45, 46, 46-A, 47 y 50 del citado Código, y tomando en cuenta la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 2005 -particularmente sus numerales 16, 19 y 20-, se concluye que si bien la facultad de comprobación de la autoridad fiscal es discrecional, su ejercicio es reglado por las leyes que la rigen y una vez ejercida esa atribución está en aptitud de revisar, fiscalizar, veri-

³⁴ Siguiendo en parte la connotación dada por la jurisprudencia española.

*ficar, comprobar, corroborar o confirmar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones fiscales del gobernado visitado, emitiendo al final de la visita la resolución conducente, sea favorable al particular o liquidatoria de algún crédito fiscal; sin embargo, una vez realizado esto, no puede volver a ejercer tales facultades sobre el mismo contribuyente, por el mismo ejercicio e idénticas contribuciones, pues ello implicaría exponerlo a una constante e injustificada intromisión en su domicilio y someterlo a un nuevo procedimiento fiscalizador por cuestiones ya revisadas y determinadas por la propia autoridad hacendaria, lo cual se traduciría en una actuación arbitraria.*³⁵

2. Motivación

La motivación es el antídoto de la arbitrariedad o un medio para su interdicción, en la medida que, a pesar de los márgenes de libertad y elección que tengan las autoridades, deben dar cuenta y demostrar el buen uso de sus facultades, justificando la legalidad de atribuciones regladas o la legitimidad de las discrecionales.

El criterio siguiente expresa la *ratio* y funciones que la institución debe satisfacer, especialmente la de permitir cuestionar excesos o errores:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN.- El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el “para qué” de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una

³⁵ Registro No. 170145 / Localización: Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVII, Febrero de 2008 / Página: 467 / Tesis: 1a./J. 11/2008 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional, Administrativa.

motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción.³⁶

Las ideas que anteceden se aprecian en el esquema 2

a) Motivación peculiar en casos de discrecionalidad técnica y política

La adecuada motivación de los actos administrativos como cualquier argumento, requiere el fundamento en reglas o generalizaciones aplicables a hechos concretos. Para el evento que contenido corresponda a temas técnicos o políticos, deberán aplicarse precisamente regulaciones pertinentes a la materia, tales como reglas técnicas, generalizaciones o máximas de experiencia y principios de la ciencia, además que la sana crítica debe imperar en la apreciación de los hechos.

En este sentido la SCJN previene sobre la razonabilidad y equilibrio que exige, por un lado, el libre ejercicio de facultades discrecionales y, por otro, una adecuada y pertinente motivación que de cuenta y justifique la legitimidad de las actuaciones.

COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 9o.-A, FRACCIÓN XI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, QUE PREVE SUS FACULTADES DISCRECIONALES PARA ESTABLECER OBLIGACIONES ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON TARIFAS, CALIDAD DE SERVICIO E INFORMACIÓN A CIERTOS CONCESIONARIOS, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- El mencionado principio, contenido en el artículo 16 de la Constitución Po-

³⁶ No. Registro: 175,082 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXIII, Mayo de 2006 / Tesis: I.4o.A. J/43 / Página: 1531

lítica de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las autoridades sólo pueden actuar cuando la ley se los permite, en la forma y términos determinados por ésta. Ahora bien, las facultades discrecionales de la autoridad administrativa pueden estar expresamente señaladas en la ley, o bien, encontrarse implícitamente contenidas en el marco regulatorio que la rige, caracterizándose aquéllas por la libertad de apreciación que se otorga a la autoridad para actuar o abstenerse de hacerlo, con el propósito de lograr la finalidad que la ley señale. Esto es, la autoridad podrá elegir el tiempo y circunstancias en que aplica la ley, sin que ello suponga una autorización legislativa para una actuación arbitraria, pues sus actos estarán siempre acotados por los lineamientos que la ley establece y sujetos a los requisitos constitucionales de fundamentación y motivación. En tal virtud, el artículo 9o.-A, fracción XI, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que prevé la facultad discrecional de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para establecer obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información, no viola el mencionado principio de legalidad, pues dicha facultad se entiende acotada por la norma misma, que limita la materia respecto de la cual ésta se concede, esto es, tarifas, calidad de servicio e información, impidiendo con ello que los concesionarios queden en estado de incertidumbre respecto a los aspectos sobre los que se podrán imponer las obligaciones específicas.³⁷

b) Ponderación de principios, derechos fundamentales, intereses y hechos

Tanto en el Derecho Constitucional como en el Administrativo, es peculiar que la fundamentación de los actos de autoridad deba hacerse conforme a valores, principios, estándares y directrices, bien sea porque

³⁷ No. Registro: 170,843 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVI, Diciembre de 2007 / Tesis: P./J. 50/2007 / Página: 960.

En este mismo sentido la tesis de rubro: EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA. EL ARTÍCULO 126 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN QUE FACULTA A LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN PARA DETERMINAR EL PERIODO DURANTE EL CUAL EL EXTRANJERO NO DEBERÁ REINGRESAR AL PAÍS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA, No. Registro: 171,180 / Tesis aislada / Materia(s): Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVI, Octubre de 2007 / Tesis: 1a. CCXVII/2007 / Página: 190.

falten reglas o por excesiva vaguedad e indeterminación que les resulta característica.

Los tribunales mexicanos han adoptado el método de ponderación basado en la proporcionalidad, surgido a partir de sentencias señeras del Tribunal Constitucional alemán y ya de uso frecuente en Europa y América Latina, con el fin de construir las reglas para ser aplicadas a la solución de casos particulares.

Como ejemplo las recientes tesis que enseguida se citan:

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.- Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir

*opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.*³⁸

c) Calificación de los hechos

Los hechos de un caso que, en realidad, son todas las circunstancias concretas y particulares, asumen la forma y presentación de un enunciado.³⁹

A partir de esos acontecimientos, conductas, estado de cosas y sucesos en general, lo que incluye aspectos jurídicos —premisa fáctica— se decide si es posible o no subsumirlos en generalizaciones o leyes —premisa normativa— para atribuirles consecuencias.

La calificación o valoración de los hechos es la culminación de un procedimiento que se torna importante, peculiar y complejo en los casos de conceptos jurídicos indeterminados. En esencia, consiste en identificar el concepto jurídico implícito en las circunstancias particulares de los hechos en cuestión. Vannier (2001: 151) Esta interpretación y valoración de las circunstancias, en su contexto y finalidad, debe ser explicada y justificada mediante el argumento pertinente.

³⁸ No. Registro: 169,209 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XVIII, Julio de 2008 / Tesis: 1a. LXVI/2008 / Página: 462.

En este mismo sentido las tesis jurisprudenciales: SALUD. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, No. Registro: 169,195 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXVIII, Julio de 2008 / Tesis: 1a. LIX/2008 / Página: 463 y RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS, No. Registro: 169,210 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional, Laboral / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XVIII, Julio de 2008 / Tesis: 1a. LXIV/2008 / Página: 461.

³⁹ Estos enunciados son estratégicamente contruidos por las partes a manera de “*story*” (dicen los juristas norteamericanos) que resulte ser verosímil y probable para convencer al juzgador.

En una acertada expresión del juez García Ramírez⁴⁰ dice que es la

“necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de hechos determinados, desde la perspectiva de los derechos humanos.”

Este proceso requiere evaluar y concluir sobre la acreditación,⁴¹ apreciación⁴² y calificación⁴³ de los elementos de la premisa fáctica.

3. Nivel e intensidad en la motivación y control judicial.

Aunque con efectos semejantes a la discrecionalidad, conviene distinguir una institución cercana y concurrente que es la intensidad del control judicial. Bajo esa premisa, en ocasiones, puede resultar complejo y difícil entender a cabalidad el tema de la discrecionalidad y control judicial de los actos administrativos, en la medida que concurren tres instituciones⁴⁴ con efectos equivalentes aunque con una naturaleza y causas en ocasiones diferentes pero en otras semejantes.⁴⁵ Favor de consultar el esquema 3

⁴⁰ www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_155_esp.doc.

⁴¹ Prueba de que los elementos del enunciado existen o son probables en el entorno fáctico.

⁴² Es interpretar, definir o precisar el significado, naturaleza y funcionalidad de las circunstancias del caso. Esta evaluación requiere tomar en cuenta máximas de experiencia, peculiaridades y reglas de su naturaleza sustancial, objetivos, consecuencias, propósitos, efectos y sana crítica. El objetivo es apreciarlos en su esencia pero en relación y para referirlos luego con los fines que la norma recoge. Sustancia vs. Forma es un conflicto que se da cuando la realidad ha sido encubierta con apariencias legales para intentar una determinada apreciación.

⁴³ Es la realidad pero desde el punto de vista de la norma que puede condicionar la percepción de los hechos y éstos dan sentido a la regla sobre todo cuando es indeterminada. La calificación valorativa de los hechos se da sobre valores, directrices o preferencias del ordenamiento. Es el plano intelectual-normativo de la realidad. Es entonces cuando se concretan los objetivos de la norma, conforme a circunstancias concretas y sólo entonces es posible puntualizar y ponderar que hechos son subsumibles y con cuáles consecuencias. Definir que alternativa satisface de mejor manera el interés público requiere llegar a este momento.

⁴⁴ A) Potestades discrecionales, B) regladas con variantes de motivación y C) control judicial con diferentes intensidades.

⁴⁵ Ejemplos de ello son el bien tutelado que amerita al mismo tiempo un control de legitimidad intenso y posibilidades de plena cognición por el juzgador de criterios valorativos; en otras que la óptima solución permite elegir, disyuntivamente, de entre varias alternativas y dificultades cognitivas para el juez sobre naturaleza y aspectos ontológicos de alguna realidad o institución. Otras veces la expresa decisión que sea cierta autoridad quien decida por razones de índole democrático, en fin, una amplia variedad de matices y combinaciones que no se han podido clasificar adecuadamente.

La protección o tutela judicial equitativa, basada en el principio de igualdad, ha sido instrumentada por la jurisprudencia norteamericana a través de la cláusula *equal protection*. Consiste en aplicar distintos niveles de intervención y control judicial en los «escrutinios» o «tests» de igualdad —estrictos, intermedios o débiles— a través de una escala de intensidades para graduar la eficacia del principio de igualdad en distintos supuestos.

Se estiman como especialmente sensibles, los supuestos de probables o potenciales discriminaciones que pueden darse, entre otros casos, cuando se elige por oposición a un candidato para un puesto excluyendo a otros.

En este sentido la Primera Sala de la SCJN ha sostenido:

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES.- Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. Para este Alto Tribunal es claro que la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado -y entre ellos, el juzgador constitucional- deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma. De esta manera, resulta evi-

dente que la Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.⁴⁶

a) Motivación reforzada y exhaustiva, escrutinio estricto.

La jurisprudencia mexicana ha establecido, como un supuesto de máxima intensidad en el control, las decisiones que ratifican o no a un funcionario judicial.⁴⁷ Es en razón de la importante carga de discrecionalidad, asociada con el riesgo de eventuales discriminaciones en que la autoridad decisora pudiera incurrir, que debe dar cuenta de su arbitrio y del balanceo que haya hecho de circunstancias relevantes, explicando y justificando el *iter* decisorio y valorativo a través de una motivación reforzada.

RATIFICACIÓN O REELECCIÓN DE FUNCIONARIOS JUDICIALES LOCALES. SU FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.- *Las garantías constitucionales de fundamentación y motivación, tratándose de los actos de las autoridades encargadas de emitir los dictámenes de ratificación de Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, deben surtirse de la*

³⁶ No. Registro: 173,957 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXIV, Noviembre de 2006 / Tesis: 1a./J. 84/2006 / Página: 29.

⁴⁷ Especialmente cuando ello implica crear un *status* de privilegio a un sujeto a cambio de desestimar a otros.

siguiente manera: 1. Debe existir una norma legal que otorgue a dicha autoridad la facultad de actuar en determinado sentido, es decir, debe respetarse la delimitación constitucional y legal de la esfera competencial de las autoridades. 2. La referida autoridad debe desplegar su actuación como lo establezca la ley, y en caso de que no exista disposición alguna en ese sentido, podrá determinarse por aquélla, pero siempre en pleno respeto al artículo 116, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 3. Deben existir los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía que las autoridades emisoras del acto actuaran en ese sentido, es decir, que se den los supuestos de hecho necesarios para activar el ejercicio de esas competencias. 4. En la emisión del acto deben explicarse sustantiva y expresamente, así como de una manera objetiva y razonable, los motivos por los que la autoridad emisora determinó la ratificación o no ratificación de los funcionarios judiciales correspondientes y, además, deberá realizarse en forma personalizada e individualizada, refiriéndose a la actuación en el desempeño del cargo de cada uno de ellos, es decir, debe existir una motivación reforzada de los actos de autoridad. 5. La emisión del dictamen de ratificación o no ratificación es obligatoria y deberá realizarse por escrito, con la finalidad de que tanto el funcionario judicial que se encuentre en el supuesto, como la sociedad, tengan pleno conocimiento respecto de los motivos por los que la autoridad competente determinó ratificar o no a dicho funcionario judicial, por tanto, la decisión correspondiente debe hacerse del conocimiento del funcionario, mediante notificación personal, y de la sociedad en general, mediante su publicación en el Periódico Oficial de la entidad.⁴⁸

b) Apreciaciones económicas, escrutinio débil.

Cuando el contenido de los actos administrativos es de elevada complejidad técnica, ante la dificultad de prueba o de conocer y evaluar adecuadamente una realidad fáctica inaccesible para no expertos, la tendencia aconseja que el control judicial se limite a corregir procederes ilógicos, abusivos o arbitrarios, a través de verificar que se acaten los

⁴⁸ No. Registro: 175,819 / Jurisprudencia / Materia(s):Constitucional / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXIII, Febrero de 2006 / Tesis: P./J. 24/2006 / Página: 1534.

principios que deben regir la actividad administrativa y se cumpla con las reglas de la sana crítica y aplicar máximas de experiencia que hagan razonable lo decidido.

El TJCE ha definido el criterio de cómo y hasta donde debe ejercerse control judicial respecto de la motivación en asuntos donde el contenido son temas económicos complejos, como un supuesto de discrecionalidad técnica, en los siguientes términos:

57 A este respecto, el juez que conoce de un recurso de anulación de una decisión de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, ejerce un control completo del examen efectuado por la Comisión (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 34, y sentencia Bayer/Comisión, citada en el apartado 47 de la presente sentencia, apartado 62), salvo si dicho examen incluye apreciaciones económicas complejas, en cuyo caso el control se limita a la verificación de la inexistencia de desviación de poder, del cumplimiento de las normas de procedimiento y de motivación, así como de la exactitud material de los hechos y la falta de error manifiesto en su apreciación (sentencia Remia y otros/Comisión, antes citada, apartado 34, y sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 55 de la presente sentencia, apartado 279).

58 Por otro lado, este control se ejerce exclusivamente en relación con los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó la decisión impugnada, sin perjuicio de la posibilidad que se reconoce a las partes, en el ejercicio de su derecho de defensa, de completarlos con pruebas que sean posteriores a dicha fecha, pero que hayan sido específicamente preparadas con el fin de impugnar o de afianzar dicha decisión.⁴⁹

En un reciente caso mexicano, donde la litis consistió en definir y establecer los límites del control judicial que debe ejercerse sobre la motivación, en casos de apreciaciones económicas complejas, relacionado con establecer, determinar y medir el mercado relevante, efectuadas

⁴⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta ampliada) de 27 de septiembre de 2006 En el asunto T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited, anteriormente Glaxo Wellcome plc.

por la Comisión Federal de Competencia, se hicieron las consideraciones siguientes:

Lo anterior, considerando que la Comisión Federal de Competencia es un órgano desconcentrado y especializado de la Administración Pública Federal, que en sus decisiones aplica un margen de discrecionalidad, entendido como libertad para apreciar, del que ha sido investida para ponderar las circunstancias de hecho y actuar de manera concurrente con la finalidad perseguida por el legislador, prevista en la Ley Federal de Competencia Económica.

Es decir, en el contexto de su actividad son peculiares las valoraciones de tipo económico, sobre cuestiones de hecho, de derecho e incluso de actitudes subjetivas o una mezcla de todas éstas, pero buscando siempre la consecución de una finalidad permitida por la Constitución que es evitar se realicen prácticas monopólicas, a través del control y sanción de conductas ilegítimas.

Es así que el control judicial ejercido sobre tales actos de la autoridad, debe efectuarse bajo un parámetro de razonabilidad y de proporcionalidad de la decisión asumida, para no anular o limitar la discrecionalidad de la autoridad y que eficientemente ejerza de manera precisa y detallada su potestad y facultades de apreciación y decisión. En efecto, tal escrutinio debe ser para controlar el marco de legalidad y de legitimidad que establecen los artículos 16 constitucional y 51, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, específicamente exigiendo que el ejercicio de facultades discrecionales coincida y sea armónica con la obtención de los fines y las consecuencias que el orden jurídico consagra.

En estos casos, para conciliar y ponderar el mandato legislativo de reconocer autonomía a la autoridad especializada, a la vez de controlar el dictado de actos que puedan ser arbitrarios, es que se justifica un control judicial pero sobre la referida base de criterios de razonabilidad y de proporcionalidad, observando y, en su caso, controlando que no ocurra una violación a derechos fundamentales, lo que acontecería cuando no se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, haya inexactitud material de los hechos o sea evidente un error manifiesto de apreciación, en la medi-

*da que tales vicios trascendieran en notoria arbitrariedad o desproporción en el ejercicio de la facultad concedida incurriendo así en desvío de poder.*⁵⁰

c) Motivación razonable y acertada

En España se critican y evalúan los alcances o límites del TC en cuanto a la profundidad y extensión del análisis de la motivación, ante el debate y disyuntiva de si debe respetar lo decidido, *prima facie*, por otras autoridades, sean judiciales o administrativas; o en cambio, puede sustituir lo resuelto por ellas.

Con todo, si se quisiera delimitar con mayor precisión los dos órdenes jurisdiccionales en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva y se pretendiera reducir al máximo las tensiones –que siempre existirán- entre ambas jurisdicciones podría resultar conveniente que el TC dejase de aplicar el test de legalidad ordinaria, limitase al máximo la utilización del test de razonabilidad reforzada (9) y sustituyese el test de razonabilidad jurídica por el de razonabilidad lógica, mediante el que desde criterios extraídos de la lógica común, sin entrar en valoraciones jurídicas, se enjuicia si las premisas de las que se parte en las resoluciones judiciales recurridas son lógicamente absurdas, si el razonamiento sufre quiebras lógicas y si las conclusiones incurren en incoherencias lógicas, ya que, como ha afirmado el propio TC en varias Sentencias, este es el único modo de hacer compatible el control constitucional de las resoluciones judiciales en el ámbito de los derechos a la tutela judicial efectiva con las premisas constantemente reiteradas en la jurisprudencia constitucional conforme a las cuales el art. 24.1 CE no consagra un derecho al acierto judicial, ni el recurso de amparo es una última instancia procesal ni constituye un cauce para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación de las normas. Es además un modo de evitar duplicidades, es decir, de conseguir que la actividad de control desempeñada por el TC sea cualitativamente distinta a la desempeñada por los órganos judiciales (10). Aunque debe aceptarse que la deli-

⁵⁰ R.A. 479/2006 relativo al amparo en revisión interpuesto por Yoli de Acapulco, sociedad anónima de capital variable, fallado el dieciocho de junio de dos mil ocho por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

*mitación entre los tests de razonamiento jurídico y razonamiento lógico es sin duda lábil.*⁵¹

d) Deference y discrecionalidad técnica

A partir de estas ideas surge también el principio de otorgar cierta deferencia a la libertad de apreciación y decisión de ciertas autoridades, que determina matizar la intensidad del análisis judicial constitucional a partir de parámetros débiles que respeten el margen de discrecionalidad o libertad de apreciación concedida para la consecución de una finalidad perseguida por el orden jurídico. Es así que en el *deference* norteamericano y la discrecionalidad técnica europea resulta peculiar la matización del nivel del escrutinio o control judicial, dependiendo de la naturaleza técnica o política de pronunciamientos o decisiones, bien sean de la Administración, del judicial o del legislativo.

4. Desvío de poder

Ejercer facultades discrecionales tiene como límite atender a los fines o consecuencias para los cuales fueron concedidas, según el artículo 51, fracción V, de la LFPCA. Complementariamente, el artículo 3, fracción III, de la LFPA agrega que esa finalidad es de interés público y sin que puedan concurrir fines distintos. A primera vista, esos fines o consecuencias son aplicaciones o concreciones de las políticas públicas que la Administración debe llevar a cabo, requisito esencial para legitimar la discrecionalidad.

Dice Dromi (2001: 263) que los agentes públicos deben actuar cumpliendo el fin de la norma que otorga las atribuciones y sus actos tener en mira la finalidad prevista por el ordenamiento normativo. Trae a colación una sentencia argentina que dice:

*El fin del acto administrativo debe enraizarse e integrarse con el fin último que la ley se propuso al otorgar la potestad en cuyo ejercicio aquél se dictó, y en tal sentido debe precisarse que el fin del acto es un presupuesto de legalidad. Es por ello que la desviación de poder se configura siempre que el órgano administrativo persiga con el acto que dicta, un fin distinto al señalado por el legislador.*⁵²

⁵¹ <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-poncvp.htm>

⁵² C Fed. Córdoba, Sala Civ Com, 23/6/82, LL, 1983-A-256

Comentan Atienza y Ruiz Manero (Atienza y Ruiz 2000: 91 y ss.) que el exceso de poder es un medio de control del poder público que puede darse en tres vertientes: a) competencia del órgano, b) forma del acto y c) fin para el que se confiere una potestad basada en facultades discrecionales, esto es, la consecuencia del acto.

Como un elemento de este género, está el desvío de poder (*le détournement de pouvoir*) de origen jurisprudencial, que surge como reacción del Consejo de Estado francés frente al formalismo jurídico, para someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Es así que a partir de la segunda mitad del siglo XIX comenzó a anular ciertos actos de la Administración por entender que el poder conferido se había ejercido para un fin distinto al previsto.

Como ilustración viene al caso citar la cita de un paradigmático caso de la jurisprudencia francesa:

*“Un buen ejemplo de esta nueva construcción -escribe Carmen Chinchilla-lo constituyen los famosos arrêts Lesbats de 15 de febrero de 1864 y de 17 de junio de 1986. En ellos, el Consejo de Estado declaró que si un prefecto utilizaba la potestad de regular la permanencia y circulación de vehículos en las plazas cercanas a la estación de ferrocarril, para asegurar el monopolio de la única empresa que tenía un contrato con la Compañía de Ferrocarriles, cometía un exceso de poder, ya que estaba usando la autoridad para un fin diverso de aquél que el legislador había concedido”. La novedad con respecto a la anterior situación es que la idea de desviación aparece ahora no como un simple exceso de poder en el sentido de que una autoridad ha desbordado lo que sería la esfera propia de su competencia, sino como el ejercicio de la competencia para lograr un fin no previsto por el legislador.*⁵³

Actualmente en España, hay varias técnicas de control, siendo la más extendida la relativa a los conceptos jurídicos indeterminados; sin embargo, para la discrecionalidad pura hay una decadencia en el uso de la institución del desvío de poder, ante el hallazgo de otras técnicas, tales como el control de los hechos determinantes y a partir de los principios generales de Derecho.⁵⁴

⁵³ Atienza y Ruiz (2001: 99).

⁵⁴ García y Fernández (2002: 468).

La desviación de poder es la respuesta ante un positivismo jurídico que es incapaz de dar cuenta del control de la discrecionalidad. Es así que acoge la noción de «ordenamiento jurídico» propuesto por *Santi Romano* que concibe al Derecho como ordenamiento e incluye las ideas de función o de fin y de unidad entre los elementos que lo componen, siendo las normas o reglas, los medios mediante los que se cumplen los fines de la institución; Dicho en otras palabras, se considera al Derecho en un doble plano: el de las reglas y el de los principios.

Para Atienza y Ruiz Manero la desviación de poder consiste en que un órgano administrativo es facultado por una regla para que, en las circunstancias X, realice una acción que produce como resultado una disposición jurídica o un acto administrativo que es adecuado para obtener un cierto estado de cosas. Sin embargo, hay casos, bajo circunstancias X', en que las consecuencias de tal estado o fin son inaceptables, provocando un daño injustificado o un beneficio indebido.

Cabe aclarar que, en estos casos, no hay una regla que prohíba el resultado, aunque si pueda haber una regla o siempre existirá un principio que prohíba o limite como excesivo e ilegítimo el fin o estado de cosas alcanzado.

Ante este escenario resulta que para aplicar adecuadamente la regla permisiva o directriz, en términos de que se cumpla en la mayor medida posible su eficacia y sin desvíos, es menester realizar un balance y ponderación tanto de los hechos o circunstancias de cada caso y a la luz de los principios que justifican el ejercicio, tanto de la norma que confiere poder como de la que limita las consecuencias resultantes. Este ejercicio, es indispensable para ajustar y controlar las referidas consecuencias a la luz de los valores y principios que inspiran al ordenamiento como sistema coherente. Una explicación grafica de lo dicho aparece en el esquema 4:

A partir del caso francés citado por Cinchilla, Atienza y Ruiz Manero demuestran el funcionamiento de su teoría en los siguientes términos:

1. *En primer lugar, existe una regla que permite al prefecto usar una norma que confiere poder: para regular la permanencia y la circulación de los vehículos en las inmediaciones de la estación de ferrocarriles.*

2. *En segundo lugar, ninguna regla prohíbe al prefecto producir ese resultado normativo (regular de cierta manera la permanencia y circulación de vehículos), pero en el caso en cuestión, tal regulación tiene como consecuencia la producción de un daño (a las empresas que no tenían suscrito un contrato con la Compañía de Ferrocarriles) que resulta injustificado porque viola el principio de igualdad de trato, que sirve de límite a la directriz (lograr un funcionamiento eficiente del acceso al ferrocarril) que justifica la permisón concedida al prefecto para regular la permanencia y la circulación de los vehículos en las inmediaciones de la estación de ferrocarriles.*
3. *La manera en que el prefecto ha usado su poder normativo da lugar a una situación que infringe el principio de igualdad de trato, al crear una situación de monopolio en favor de una determinada empresa y en detrimento de las demás.*
4. *Finalmente, la prevalencia del principio de igualdad de trato genera la regla de que a la autoridad pública le está prohibido usar el poder de regular la permanencia y circulación de vehículos en las proximidades de la estación de forma que se establezca un régimen de monopolio para una de-terminada empresa.*

Íntimamente relacionado al tema de fin del acto, está acatar el principio de razonabilidad que exige valorar razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico. Exige una motivación coherente con los principios generales del derecho, los propios del derecho administrativo y los fines que hubieran justificado el dictado de la normativa aplicable al caso.⁵⁵

Este principio se extiende a cuestionar casos en que la autoridad no guarde sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su sola voluntad, en su capricho personal, aparece la arbitrariedad como vicio de la voluntad.⁵⁶

⁵⁵ Dromi (2001: 263).

⁵⁶ Idem (2001: 264).

Bibliografía.

- Alonso Mas María José, (1998). *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Universitat de València.
- Atienza Manuel y Ruiz Manero Juan, (2000). *Ilícitos atípicos*, Madrid, Editorial Trotta.
- Bernal Pulido Carlos, (2005). *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Brewer-Carías Allan R., (2007). *La Técnica de los Conceptos Jurídicos Indeterminados como Mecanismo de Control Judicial de la Actividad Administrativa, dentro de la obra: Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, obra coordinada por Cisneros Farías, Germán, Fernández Ruiz, Jorge, y López Olvera, Miguel Alejandro IIJ UNAM
- Dromi Roberto, (2001). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, (2002). *Curso de Derecho Administrativo I y II*, Madrid, Editorial Civitas.
- García de Enterría Eduardo, (2005). *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Thomson-Civitas.
- García Ramírez Sergio, *Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vargas Areco vs. Paraguay de 26 de septiembre de 2006* www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_155_esp.doc
- Sainz Moreno Fernando, (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Editorial Civitas.
- Serrano Ferrer M^a Esperanza, (2007) *Motivación de Conceptos Jurídicos Indeterminados: o es Interés Público o es Autonomía Local*, <http://www.administracionpublica.com/content/view/127/1/>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2007) IUS 2007, Jurisprudencia y tesis Aisladas, Junio 1917-Diciembre 2007, México, DVD. (para la consulta de precedentes jurisprudenciales mexicanos citados en el trabajo).
- Vannier Guillaume, *Argumentation el droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2001.

Abreviaturas.

LFPA Ley Federal de Procedimiento Administrativo

LFPCA Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

TC Tribunal Constitucional (España)

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

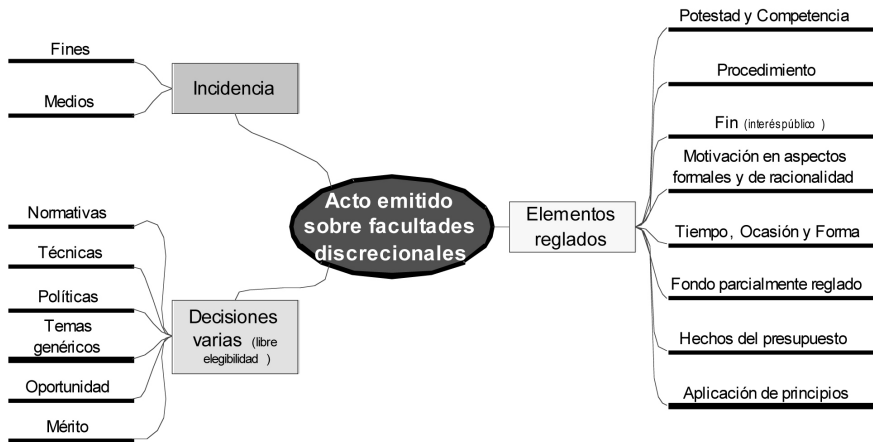
TS Tribunal Supremo (España)

SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

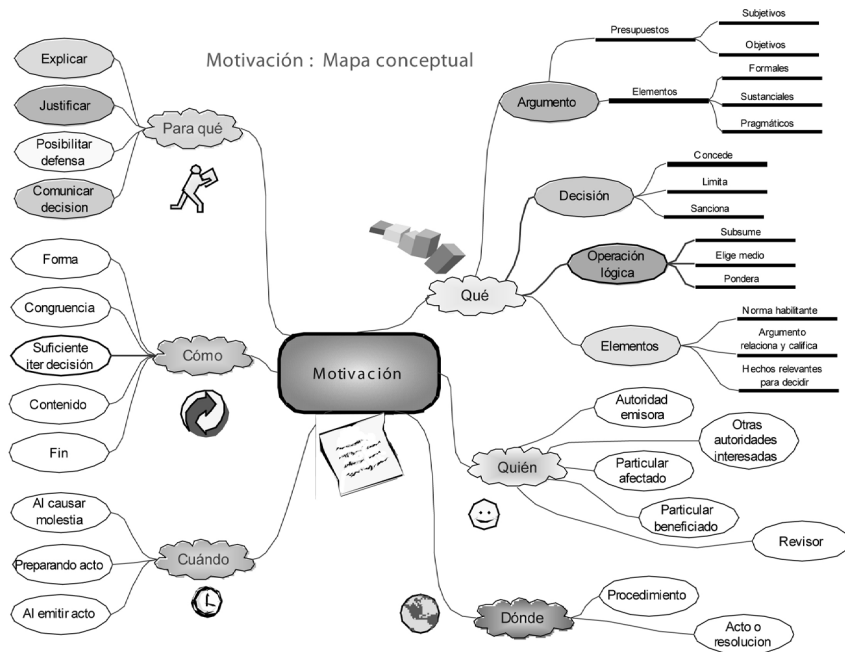
STC Sentencia del Tribunal Constitucional (España)

Esquemas.

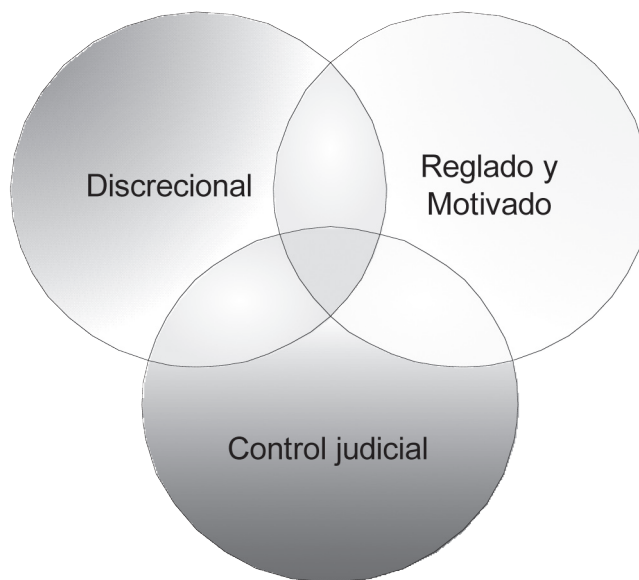
1.



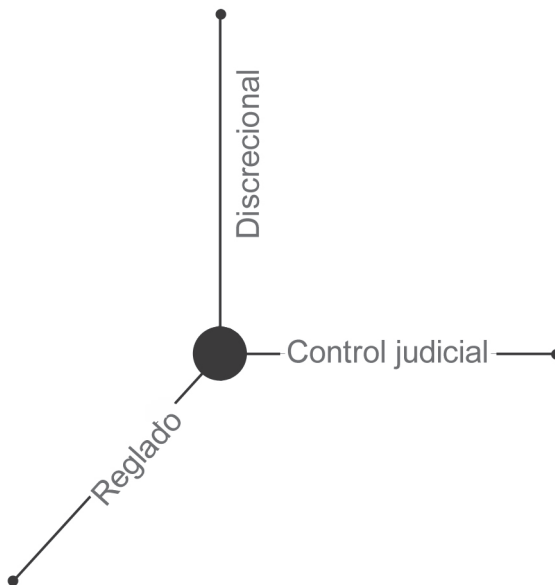
2.



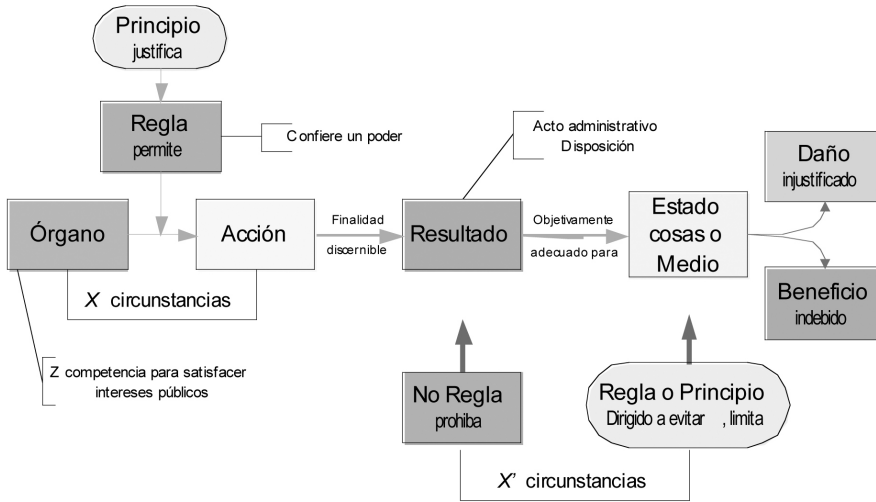
3.



Esta misma idea se puede ilustrar como 3 ejes convergente que interactúan en reciprocidad.



4.



Control discrecionalidad administrativa sede jurisdiccional

EJECUCION DE SENTENCIAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

¿JUSTICIA EFICAZ?

Por Patricia Vintimilla Navarrete

Introducción:

Quiero agradecer la cordial invitación de la Fundación Konrad Adenauer por la oportunidad brindada para participar en la coautoría con diversos especialistas de la materia administrativa, en el libro titulado “*Procedimientos y justicia Administrativa en América Latina*”.

El tema “Justicia eficaz” se refiere a la efectividad de la ejecución de sentencias en la justicia contenciosa-administrativa, en termino de interrogante se convoca en línea dominante a conocer de la presencia de remedios procesales introducidos en la institución de la ejecución, para establecer si cumplen la realización efectiva de una sentencia en orden a obtener una justicia efectiva y eficaz.

El sistema ecuatoriano ha atribuido al juez contencioso administrativo de instrumentos procesales para que las decisiones adoptadas en una sentencia sean cumplidas; mas, estas disposiciones no se encuentran reunidas en un solo cuerpo legal al carecer la justicia contenciosa administrativa de un verdadero código sustantivo y procesal contencioso administrativo coherente, sistemático, organizado, como existe, verbigracia en Costa Rica, de modo que se ha nutrido hasta este momento de las vertientes emanadas de la Carta Fundamental y demás leyes afi-

nes conexas, tales como: Código Civil; Código de Procedimiento Civil; Codificación a la ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; Ley de Contratación Pública; Ley Orgánica de Régimen Municipal; Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley de Régimen Provincial; y Provincial; Ley de Modernización del Estado; Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y otros. Aspiramos que al entrar en vigencia la nueva Constitución a fines del mes de Octubre, se produzca un cuerpo legal armónico propio que subsane ese defecto procesal-jurídico.

Por ser jurídicos los actos procesales de la decisión final y definitiva (sentencia) del órgano destinado por el Estado en su función reguladora de la sociedad de la que es producto, que le confiere a la Función Jurisdiccional el poder que le es indispensable para la administración de justicia en las controversias de los particulares con la Administración Pública. A este poder se le denomina jurisdicción (*jurisdictio* o pronunciar el derecho), que es la función pública encargada de resolver los casos concretos, en los que debe declarar el Derecho, a cuyo efecto, por necesidades de orden práctico, acude al sistema de repartir la potestad en los distintos órdenes de aquella administración, usando a la competencia como el elemento distribuidor de aquella, inspirándose en la especialidad de la materia.

1. ¿Qué es el proceso contencioso administrativo?

1.1. Definición

Enrique Rojas Franco, define al Derecho Contencioso Administrativo, rama del derecho público, como “el conjunto de reglas jurídicas que determinan o posibilitan en sede jurisdiccional la solución de los litigios” entre sujetos de Derecho Público o entre éstos y los administrados, personas jurídicas, físicas o morales.¹

Por su parte Jaime Santofimio, lo define como “los cauces procedimentales que el legislador ha establecido, de acuerdo con las diferentes

¹ Rojas Franco Enrique, (2007) Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo, p.580. Ecuador, Editorial Edilex.

materias puestas al conocimiento de esa jurisdicción, con el propósito de que sean resueltos en decisión que haga tránsito a cosa juzgada”.²

Como resultado de estas definiciones podríamos decir que, el proceso contencioso desarrolla una actividad jurídico-material ante los órganos jurisdiccionales por la existencia de un conflicto social en una rúbrica común: *la actuación del derecho* para resolver mediante acción judicial, como un instrumento destinado a la realización o tutela efectiva del derecho violado, reflejado en la pronta, plena, cierta, verdadera y consecuentemente, la efectiva ejecución de la sentencia.

1.2.- Naturaleza

La tutela jurisdiccional se le atribuye a un órgano específicamente designado y especializado, garantizador y restablecedor del control de la legalidad administrativa, configurado sobre la técnica de la impugnación de actos previamente dictados por la Administración.³

Siendo su razón de ser, la relación jurídico-procesal desenvuelta en el proceso, pretende afirmar la voluntad de la ley o mejor, el ordenamiento jurídico, desde el momento que se deduce una pretensión de tutela judicial y que concluye necesariamente con la emisión de una sentencia estimatoria o desestimatoria.

Para alcanzar dicho resultado, el juez pluripersonal —en el caso del Ecuador— procede mediante una sustitución de la actividad formal y actividad material, que es la ejecución de la sentencia para procurar conferir plenamente al titular del derecho declarado en sentencia firme, lo que esta garantizado por la ley.

1.3.- Partes del proceso contencioso administrativo

Establecida la naturaleza de la relación jurídico-procesal de la acción contenciosa administrativa, es menester antes de entrar en el tema de

² Santofimio, Jaime, (2007) Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, p., 571. Bogotá, Sigma Editores Ltda.

³ González Pérez, Jesús, (2002) Constitución y Justicia Administrativa.- Revista Iberoamericana de Derecho administrativo, No.2. p. 15. “El juez debe tener la potestad plena para la completa satisfacción de la pretensión conforme al Ordenamiento Jurídico, a fin de que el orden jurídico se realice y se ponga fin a la situación litigiosa que dio lugar al proceso y se establezca el orden jurídico”.

la sentencia, distinguir quienes intervienen como partes en este intercambio o relación jurídico-procesal devenida de la litis por la relación sustantiva que es objeto de la controversia.

En la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Ecuador toma el nombre de: “*derecho de comparecencia*”⁴ describiendo quienes están legitimados para demandar y, quienes pueden ser demandados; una de las cuales, siempre debe ser la Administración Pública. No obstante, la Administración puede también asumir el lugar de demandante.

Por otra parte, en el Ecuador el ejercicio de la competencia en materia contenciosa administrativa, es ejercitada por Tribunales con jurisdicción Distrital de acuerdo a las necesidades geográficas del país,⁵ e integrados por tres jueces con rango de magistrados, designados por el pleno de la Corte Suprema de Justicia, quienes conocen y deciden en única instancia las controversias entre la Administración y los administrados, cuyas atribuciones y deberes se encuentran consignadas en la ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.⁶

⁴ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, .-R.O. 392, 17-8-72.- Artículo 23.- Derecho de comparecencia.-

a) La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos;

b) Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público o semipúblico que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses;

c) El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma; y,

d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo.

⁵ Salcedo Ortega Ernesto, (2006) Las potestades administrativas regladas, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo, No. 6, p.139.-. “A partir de la Ley número 20, publicada en el registro oficial numero 93, del 23 de Diciembre de 1992, se creó en la Corte Suprema de justicia una Sala Administrativa especializada además de la creación de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, en aquel entonces, con sedes en Guayaquil, Quito, Cuenca y Portoviejo, estableciendo a dichos Tribunales como parte de la Función Judicial”.

⁶ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo.- R.O. 392, 17-8-7- Artículo 10.-Son atribuciones y deberes del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo:

a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública decidir acerca de su ilegalidad o legalidad;

b) Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General del Estado que establezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquella;

Conocerá también de los juicios de excepciones a la coactiva originados en resoluciones dictados por la Contraloría General del Estado.

2.- Sentencia

Culminada la actividad jurídico procesal del proceso contencioso, conforme a la pretensión de la demanda por medio de la sentencia firme (preclusión), corresponde su ejecución, es decir, su efectividad, o sea, que real y ciertamente se cumpla y tutele jurídicamente lo que la Sentencia manda, ordena, condena, declara, obliga y permite, entre otras estimaciones procesales.

Para que exista resolución de la Litis debe contener mayoría de votos, de acuerdo a la Composición del Tribunal Contencioso Administrativo en el Ecuador concretado en el Art. 43 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.⁷

“La definición legítima del juez sobre la cosa controvertida en su tribunal” es la definición que de sentencia tiene la Ley 1a., Tit. 22, partida 3ª, de las Siete Partidas, tradición clásica de nuestro ancestro jurídico hispánico que rigió por siglos en nuestra América española.

La palabra “sentencia” proviene de la voz latina sintiendo, que equivale a castellano a sintiendo; es decir opinando porque el juez declara o decide con arreglo a los autos a la verdad formal.⁸

La sentencia, pues, tiene una función determinada y concreta respecto del proceso contencioso administrativo, al desembocar en una declaración de certeza y de legitimidad en las relaciones jurídicas de carácter administrativo, preexistentes.

2.1.- Efectos de la sentencia según la distinción de la pretensión

Por regla general el proceso contencioso administrativo está dado como

Conocerá y resolverá igualmente en única instancia, de las acciones de prescripción de los créditos fiscales, estatales, locales o seccionales o de las instituciones públicas originados en decisiones de la contraloría General, que se hubieren promovido o se promuevan por los directamente interesados, así como de las excepciones que se propongan en procedimientos caóticos instaurados el cobro de créditos provenientes de resoluciones dictados por la Contraloría General del Estado.

c) Conocer y resolver en única instancia, lo concerniente a las violaciones de la ley que regula la carrera administrativa; y

d) Las demás que fijare la ley.

⁷ LJCA Artículo 43: Para que haya resolución del Tribunal, se necesitara de dos votos conforme, por lo menos...”

⁸ Caravantes citado por Alsina Hugo, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Vol. 3, p.407.

un proceso de conocimiento, de declaración o de cognición. Ahora bien, si tomamos en cuenta que el proceso gira, en torno a pretensiones concretas solicitando al órgano jurisdiccional una resolución determinada, el contenido de la pretensión (*causa petendi et petitum*) fija los parámetros en los que necesariamente debe desenvolverse su tramitación y los límites de la pretensión no pueden ser modificados arbitrariamente.

2.2.- Particularidad de la distinción

La particularidad dada a la regla general de sentencia declarativa a nuestro modo y entender se expandió dando lugar a otra clase de sentencia, en razón del acrecentamiento de pretensiones producto del desarrollo de nuestra constitucionalidad,⁹ que abrió un abanico de oportunidades a favor del administrado, consagrando el derecho de accionar en sede jurisdiccional contra actos, contratos, hechos administrativos, reglamentos producidos por las entidades del sector público,¹⁰ por la introducción de la Ley de Modernización del Estado el 28 de Diciembre de 1993;¹¹ constituyendo de esta forma, en una reforma conceptual de fondo para una nueva justicia administrativa en Ecuador.

Como corolario a esta reforma, esta ley, en su Artículo 38, también modernizó dos presupuestos procesales esenciales como consecuencia de la tutela judicial efectiva a favor del administrado, al establecer la jurisdicción y competencia del Tribunal Distrital del lugar donde está su domicilio, regla que se aparta del principio recogido por la ley fundamental

⁹ Roblino Orellana Javier. (2007)- El Marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador, Revista de Derecho Administrativo Iberoamericano, No. 7, p.258.- La revisión jurisdiccional de los actos administrativos es una garantía constitucional que proviene del Consejo de Estado y del contencioso administrativo francés. Sin embargo el constituyente ecuatoriano quiso darle a esta garantía el nivel constitucional al consagrar como derecho-obligación el carácter impugnabile de los actos administrativos ante la Función Jurisdiccional.

¹⁰ Constitución de 1998 R.O. 1:11-8-98 aún vigente al momento de redactar este artículo.- Artículo 196.- Los actos administrativos generados de cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.

¹¹ Ley de Modernización del Estado —Artículo 38.— Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, reglamentos expedidos, suscritos o producidos por la entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía...

procesal, por el cual el actor sigue al fuero del demandado; y, eliminó el prerrequisito para acceder a la justicia contenciosa administrativa: otorgando al administrado la facultad libre y potestativa de agotar o no la vía administrativa. En apreciación a este segundo presupuesto, nuestros Tribunales Contenciosos Distritales han sido enfáticos en innumerables e incontables fallos sobre el particular, al expresar:

“QUINTO.- De conformidad con lo previsto en el inciso segundo del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, reformado por el Artículo 16 de la ley para la Promoción de la Inversión y de la Practica Ciudadana, no es necesario agotar la vía administrativa para iniciar cualquier acción judicial en contra de las Instituciones del Estado, en consecuencia se desecha la excepción propuesta por la entidad demandada”.¹²

Por consiguiente, nuestro criterio radica en la extensión de las sentencias declarativas, diferentes a las sentencias de condena, en la certidumbre de que la primera no puede ir seguida de ejecución forzosa como la obtenida en sentencia de condena, distinción que se da por el objeto de la pretensión demandada. En suma, en uno y otro caso, dejamos aclarado, son ante todo, sentencias declarativas, diferenciadas en algún tipo de pretensión en que se dirige la acción contenciosa mediante el proceso, razón de ser de nuestra visión, ante el abanico de oportunidades en favor del administrado al ser su derecho vulnerado y recuperado por la tutela judicial efectiva de una sentencia ejecutada fielmente, de acuerdo a lo anulado, declarado o condenado.

La sentencia en el proceso contencioso administrativo debe verificar, constatar, establecer si la conducta administrativa impugnada, es conforme o no al ordenamiento jurídico.

Como ejemplo, los Considerandos de un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

“El debido proceso es el derecho ciudadano, garantizado de modo expreso por la Constitución Política (Artículos 23, numeral 27 y Artículo 24) el cual debe ser observado estrictamente por todos y

¹² Tribunal de lo Contencioso Administrativo.- (2004).- Segunda Sala de lo Contencioso Administrativo de Quito, Marzo 4 del 2004, caso 345-04.

cada uno de los órganos de la administración pública y más todavía por la Contraloría General del Estado, encargada de modo general del ejercicio de la potestad contralora del Estado. Se ha definido el derecho como un sistema de límites jurídicos, en los cuales se sustenta la seguridad y la existencia del Estado, pues las reglas de subordinamiento deben ser cumplidas tanto por los ciudadanos como por todo el aparato administrativo público en sus relaciones recíprocas. Esta es la base de la seguridad jurídica y del principio de legalidad por el cual, los órganos administrativos, los del poder público, sus servidores, los ciudadanos en general, deben subordinación a las normas constitucionales legales. No es el juicio subjetivo de la autoridad, la que puede establecer procedimientos o prescindir de ellos para obrar, esto es para expedir las resoluciones que le competen. De todo lo expuesto, la Sala puede colegir, con absoluta claridad que, el acto administrativo impugnado, por el cual se niega las reconsideraciones solicitada por el accionante, respecto del restablecimiento de responsabilidad subsidiaria fue emitido inobservando la disposición del Artículo 345-A de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, por tanto son contrarios a derecho”.¹³

La sentencia declarativa como hemos visto con el ejemplo claro de la transcripción de una sentencia dictada por uno de los Tribunales Distritales Contenciosos Administrativos del Ecuador, escogida al azar, no hay otro elemento fuera del juicio lógico a mas de la acreditación o declaración de la existencia de una violación al ordenamiento jurídico, en la relación jurídica procesal Administrado vs Administración Pública, tramitada y resuelta en el proceso contencioso administrativo, que obliga al órgano jurisdiccional especializado a restaurarlo conforme a la normatividad legal vigente establecida dentro del marco del Estado de Derecho.

En cambio, en la sentencia de condena concurre a mas de la declaratoria de derecho ante la existencia de la trasgresión vulnerada por la Administración Pública y su consecuente restauración, el siempre acompañamiento de una orden dirigida a cumplirla; es decir, una orden de prestación (de dar, o hacer) conducida por el órgano jurisdiccional a la Administración Pública, al haber declarado el derecho en favor del administrado de con-

¹³ Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, Segunda Sala, de marzo del 2004; las 11h39

formidad con el ordenamiento jurídico, como elemento preparatorio para la ejecución de la sentencia,¹⁴ tema central de nuestro estudio.

Transcribimos como ejemplo una sentencia de condena.

“.....La resolución impugnada es carente de motivación y por tanto contrario a derecho, siendo su vicio invalorable conforme a las normas que han sido transcritas. Sin más consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptándose la demanda se declara la nulidad del acto administrativo impugnado, consistente en el Oficio No. 328 CORPEG-DG-2000 de 7 de junio de 2000 por el cual el Gerente de la Delegación del Guayas CORPECUADOR comunica al recurrente que el Directorio de la Entidad en sesión del 6 de junio del 2000 ha decidido terminar unilateralmente el Contrato CORPEC-DG-99-06-PCO-BM y su contrato modificadorio. En consecuencia, la Entidad demandada deberá devolver al actor los valores de las garantías que le fueron ejecutadas, y el cinco por ciento de retención en cada planilla de obra ejecutada, con sus correspondientes intereses. Deberá igualmente pedir a la Contraloría General del Estado la eliminación del nombre del actor de la nomina de contratistas incumplidos.- Sin costas.- Notifíquese.-.....“

2.3.- Medio impugnatorio de la sentencia: recurso de casacion

Al tratar sobre el proceso contencioso administrativo de esencia general-

¹⁴ García De Enterría Eduardo, Ramón Fernández Tomás, (2006) Curso de Derecho Administrativo, Tomo No. II, p, 1575, Bogotá, Editorial Temis.-.... La tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos no puede reducirse a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de unos actos administrativos formales; derechos e intereses son los que son, resultan de los complejos ordenamientos jurídicos a que el ciudadano de hoy se ve sometido, y su tutela efectivos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, como precisa también el artículo 24, impondrá extenderse necesariamente a todo los aspectos de la actuación administrativa, sea formal o informal, por procedimientos tipificados o por vía de hecho, reglados o discrecionales, típicamente administrativos o con eventuales contenidos políticos anejos, por acción o por omisión, que puedan llegar a afectar a dichos derechos o intereses. La acción contenciosa-administrativa no podrá justificarse solo como puramente declarativa (legalidad o ilegalidad del acto impugnado) sino que deberá admitir necesariamente pronunciamientos de condena a hacer o no hacer de la administración, para restituir la integridad de los derechos o intereses del recurrente que se hayan podido violar, de ejecución forzosa de las propias sentencias también, ejecución que hasta ahora (Art. 103 LJ de 1956) se había seguido considerando como un privilegio de la propia Administración, inmune a toda compulsión de otros poderes, pero que el Artículo 117.3 de la Constitución y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de la efectividad de la tutela judicial proclamada por el artículo 24 ha entregado necesariamente al propio juez.

mente cognoscitiva su culminación en orden a los modos y condiciones de actuaciones procesales por las pretensiones de las partes, se concluyen con la sentencia.¹⁵ Estando las mismas sujetas, como cualquiera otras, al recurso extraordinario de Casación,¹⁶ para obtener la declaratoria de invalidez de la sentencia que no se ajuste al ordenamiento jurídico.

Recurso diseñado por nuestra Legislación ecuatoriana, con carácter extraordinario, formalista, restrictivo en cuanto a los condicionamientos que la Ley exige para su procedencia,¹⁷ que ataca exclusivamente a la sentencia para invalidarla o anularla debido a los vicios de fondo o forma que pueda adolecer, por violación directa de la Ley, ya por su falta de aplicación, por una indebida aplicación, o por la interpretación errada de la misma.¹⁸

El periodo de tiempo para interponer este recurso extraordinario es de cinco días hábiles generalmente. Más, por la prerrogativa conservada

¹⁵ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, R.O. 392, 17-8-7.- Artículo 40.- Concluido el término de prueba, el Tribunal dictará sentencia, dentro de doce días.

¹⁶ Vintimilla Patricia, (2005) *Las Nulidades en el Procesalismo Civil*, Capítulo IV, p.123, Guayaquil, Editorial Mosquera.- Por ley 27, promulgada en el Registro Oficial No. 192, de 18 de mayo de 1993, el Congreso Nacional dictó la Ley de Casación, introduciendo, por primer vez en la República del Ecuador, el recurso de casación, y derogando en forma expresa el Parágrafo 2º —Del recurso de tercera instancia—, de la Sección 10ª —De los recursos—, del Título II —De la sustanciación de los juicios— del libro II —Del Enjuiciamiento Civil— del Código de Procedimiento Civil y también todas las disposiciones legales que establecen el recurso de tercera instancia. Por ley, sin número, publicada en el Registro Oficial No. 39 de 8 de abril de 1997, se reformó la Ley de Casación.

¹⁷ Ley de Casación, R. O. Artículo 3.- El recurso de casación solo podrá fundarse en las siguientes causales:

1ra.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;

2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;

3ra.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;

4ta. Resolución, en la sentencia o auto de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis;

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Fallo de Casación publicado en el R.O.319.18-V-98 “El recurso de casación es un recurso extraordinario que no le permite conocer al Tribunal de Casación el conjunto del litigio, sino que su potestad está limitada a revisar la sentencia, determinar si está o no afectada por vicios de derechos en el juzgamiento in udicando o de juzgamiento e in procediendo o de actividad, señalados con carácter taxativo en el Art. 3 de la ley de Casación, dentro del campo específico demarcado por el recurrente”.

siempre por el Estado, pueden sus organismos y demás entidades del Sector Público interponerlo en el término de quince días, distinguiéndolo al mismo tiempo con la suspensión de la ejecución de la sentencia¹⁹ por todo el tiempo en que se decida sobre su procedencia. De ahí que sólo se debe ejecutar siempre la sentencia firme, o sea, que no admite ulterior recurso jurisdiccional.

A manera de ejemplo transcribimos un recurso de Casación expedido por nuestro más alto Tribunal de Justicia:

“...SEXTO.- En cuanto a la errónea interpretación del Artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, cabe recordar que tal precepto, en su segundo inciso, expresa: “*Si el acto administrativo proviniere del Ejecutivo, o si, en general, la acción se propusiere contra el Estado o sus Instituciones, la demanda se citara al Procurador General del Estado*” A fojas 22 y 23 del proceso, contra la citación, por boleta, al Director Distrital del Guayas de la Procuraduría General del Estado, el cual da contestación a la demanda y expresa “*según consta de autos, esta Delegación Distrital ha sido citada de conformidad con la ley...*” (fojas 25).- Con respecto a la errónea interpretación del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil (vigente a la fecha) es útil recordar que el expresa: “Si no se encontrare la persona que deba ser citada, se la citará por boleta dejada en la correspondiente habitación, a cualquier individuo de su familia o servidumbre. La boleta expresara el contenido del pedimento, la orden o proveído del juez, y la fecha en que se hace la citación; y sin no hubiere a quien entregarla, se la fijara en las puertas de la referida habitación, y el actuario o el citador, sentara la diligencia correspondiente.” Como se puede verificar, a fojas 27 vuelta y 28 de autos se encuentran las citaciones que se llevaron a cabo los días jueves 20, viernes 21 y martes 25 de mayo del 2004, en horas distintas, citaciones que están firmadas por el Secretario de la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, doctor Jaime Calero Tufino y cuyo contenido expresa: ‘*Cite al señor MINISTRO DE TRABAJO Y RECURSOS HUMANOS, con el conte-*

¹⁹ Ley organica de la procuraduria general del estado.- Artículo 10.- Del Recurso de Casación.- Los Organismos y entidades del Sector Público, tendrán el término de 15 días para interponer el recurso de Casación, que deberá ser concedido en efecto suspensión, sin la obligación de rendir caución.

nido de la demanda 245-0402, propuesta en su contra por el Doctor Víctor Rafael Fernández Álvarez, auto recaído en ella y providencia que antecede, mediante primera boleta que, por no haber sido encontrado en persona, la entregue en su despacho ubicado en el décimo primero piso del edificio signado con el No. 255 de la calle Clemente Ponce y Piedrahita, previniéndole de la obligación de señalar casillero judicial para sus posteriores notificaciones en la ciudad de Guayaquil.- Lo Certifico. Por lo tanto, se cumplió con lo establecido en el Artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, Consecuentemente, no existe errónea interpretación de esta norma. SEPTIMO.- Al analizar el recurso de casación presenta por el doctor Sócrates Vera Castillo, Director Regional, aparece que el fundamenta su recurso **“en la causal prescrita en el numeral 1ero. Del Artículo 3 de la ley de Casación, causal segunda, específicamente: falta de aplicación de normas de derecho, incluyendo las procedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto que hayan sido determinantes en su parte dispositiva”**. En tal enunciado no se indica de manera clara a que causal se refiere el texto en referencia. La Sala no puede suplir las deficiencias y enmendar errores del recurrente como en el presente caso por lo que no puede entrar analizar el recurso. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechazan los recursos presentados por los señores Ministro de Trabajo y Empleo y Director Regional de la Procuraduría General del Estado respecto de la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvanse.²⁰

Resuelto este medio impugnatorio extraordinario con la decisión del recurso (sentencia) o con la renuncia del recurso en la forma y modo previsto en nuestra legislación, la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional asignado por la ley se convierte en firme²¹ pasando a su ejecución una vez notificada las partes con la recepción del proceso de acuerdo al objeto de la prestación de dar, hacer, o no hacer dispuesto en el

²⁰ Sala Casacional de la Corte Suprema de Justicia Contenciosa Administrativa, (2007) Caso No. 563-07.

²¹ LJCA Artículo 62.- Las sentencias del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo se notificarán a las partes y se ejecutaran en la forma y términos que en el fallo se consignen, bajo la personal y directa responsabilidad del administrador a quien corresponda.

fallo, abriéndose derivaciones procesales para su efectivo cumplimiento a saber:

- a) Cuando la sentencia sea el resultado de obligaciones contractuales y se condene a daños y perjuicios, en ella se señalarán las bases para el pago de frutos, mejoras y perjuicios, liquidación que se realizará en los términos del Código de Procedimiento Civil (Artículo 835);
- b) Cuando la sentencia proceda del reintegro de un servidor público destituido o suspendido en sus funciones, declarando arbitrario e ilegal el acto de la suspensión o destitución, concederá a la entidad pública causante del acto administrativo ilegal, un término para su reincorporación al cargo;²²
- c) Cuando a más de restablecer el derecho de reincorporación del servidor público suspendido o destituido en sus funciones, declara la nulidad del acto administrativo impugnado, la entidad pública causante de su suspensión o destitución será condenada a pagarle al empleado público suspendido o destituido: los sueldos, subsidios, vacaciones bonificaciones y demás complementos salariales dejados de percibir desde su retiro del servicio hasta su reincorporación a él como consecuencia de la sentencia en firme, fijándole un plazo para su efectividad;²³; y,
- d) Cuando la sentencia reconoce el pago a un empleado, ex empleado o beneficiario de alguno de ellos, un derecho salarial o prestacional; un subsidio por muerte, un auxilio de cesantía, una pensión, un derecho prestacional, etc., igualmente la ley fija un plazo para su cumplimiento.²⁴ 25

La trascendencia de esta liquidación de las sentencias de condena se efectúa mediante sumas líquidas de dinero de curso legal en el país,

²² Loscca.- Artículo 45, 2do.inciso.- “, será restituido en sus funciones en un término de cinco días,”

²³ Loscca.- art. 45, 2do inciso”... El pago será efectuado en un plazo de treinta días a partir de la fecha de reincorporación.

²⁴ Erjafe.-art. 207 Cuando un órgano judicial actuando con jurisdicción ordinaria declare mediante auto o sentencia, la obligación de la Administración Pública Central o institucional perteneciente a la Función Ejecutiva sometida a este Estatuto a pagar una suma de dinero o ejecutar una obligación de hacer o no hacer, el cumplimiento de dicha providencia se la debe realizar en un plazo máximo de treinta días contados desde su ejecutoria...”

ajustadas al momento en que se originó el perjuicio y actualizadas a la fecha de su cumplimiento.

Siendo importante resaltar que las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias provenientes de restablecimientos de derechos de carácter laboral, su cumplimiento es casi inmediato por existir las respectivas partidas presupuestarias en las entidades públicas; a diferencia de las liquidaciones resultantes de obligaciones contractuales cuyos valores no siempre se encuentran a disposición de la Entidad u Organismo responsable del cumplimiento del pago por obvias razones de ejercicio fiscal. Por consiguiente proceden a solicitar los fondos necesarios al Ministerio de Economía y Finanzas.

Sin embargo, suele ocurrir y de hecho ocurre en práctica diaria retardo o retraso de las entidades públicas en el cumplimiento del pago obligaciones de condena de carácter laboral, conllevando ese atraso, a que la entidad pública cuestionada o impugnada pague intereses por demorar su efectividad.²⁵

Sobresaliendo a todo esto una prevención jurídica de tiempo para que la sentencia complete la realidad de una tutela pronta y cumplida de acuerdo al objeto de la prestación: personal o real, con el empleo de los vocablos: *términos y plazo* para su acatamiento; es decir, cuando se restituye a un servidor público se concede un término relativamente corto para su reintegro; en cambio cuando el cumplimiento es el resultado de obligaciones de dar o hacer o no hacer, su efectividad es trasladada a modalidad de plazo.

3.- Ejecucion de la sentencia en el sistema ecuatoriano

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que conoció y resolvió la causa es el órgano competente de la ejecución de sus sentencias y demás resoluciones en firme, ante el hecho de que el proceso de ejecución se inicia como una continuidad del proceso —sin formularse pieza separada— con la ejecutoriedad de la notificación a las partes de la recepción del proceso por razones de seguridad y certeza.

²⁵ Erjafe, Art. 207, inciso 2do.- "...La mora en el pago de obligaciones dinerarias a favor del administrado generara intereses a su favor.

Consecuencia del principio dispositivo que inspira nuestra institución procesal, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo no puede proceder a la ejecución de la sentencia sino a pedido de parte interesada ni puede apartarse de los términos consignados en ella; encontrándose eso si facultado de poderes y deberes para efectivizar su cumplimiento; a manera de ejemplo transcribimos un mandamiento de ejecución en el caso No. 193-04-1 dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso de Guayaquil:

“Guayaquil, julio 16 de 2008; las 09h22.-“...En tal virtud, habiéndose declarado con lugar la demanda a petición de parte procede la ejecución de la sentencia en los términos consignados en ella. En consecuencia se ordena que el representante de la Unidad Postal del Ecuador disponga que el funcionario competente proceda a reliquidar la indemnización creada por al Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público y sus reformas publicadas en el R.O. No. 261 del 28 de Enero de 2004, para lo cual se concede el término de cinco días para su cumplimiento.- Notifíquese.-“.

Contándose además con el auxilio de autoridades y servidores judiciales cuando la sentencia contenga obligaciones de hacer, de no hacer o de dar, si no son cumplidas voluntariamente por la parte obligada,²⁶ es decir, mientras la prestación no sea totalmente satisfecha.

Teniendo entonces:

- Competencia exclusiva del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo concededor y tramitador del proceso contencioso desde sus inicios para ejecutar la sentencia.
- La iniciación de la fase de ejecución de la sentencia en firme, comienza con la notificación de la recepción del proceso a las partes involucradas en el proceso por razones de seguridad y certeza.
- En la fase de ejecución de la sentencia el Tribunal Contencioso Administrativo tendrá toda la capacidad necesaria de lograr el resultado efectivo de su cumplimiento.

²⁶ LJCA.- Artículo 72.-.....e igual auxilio prestaran las autoridades y funcionarios cuando el caso lo requiera.

- Puede adoptar a solicitud de parte cualquier medida necesaria para su real cumplimiento (compulsiva o forzosa).
- Para su efectivo cumplimiento contará con el auxilio de las autoridades y funcionarios cuando no son acatadas voluntariamente por la autoridad obligada.
- Mientras no se haga realidad el derecho declarado en sentencia en consonancia a sus términos, la sentencia no puede asumírsela por cumplida.

3.1.- Modos de ejecutar la sentencia

Para materializar o hacer efectiva la cosa juzgada material, es requisito indispensable se examine el contenido de la parte resolutive del fallo, o sea, lo que la resolución judicial ordena, manda, restituye, condena, restablece, declara, luego se le comunica a la autoridad administrativa directamente responsable de su cumplimiento, a quien se le concede términos perentorios para su acatamiento, pudiéndose adoptar entonces para su efectivo cumplimiento diferentes modos de ejecución, verbigracia en materia laboral:

- Concede un término perentorio o fatal a la autoridad administrativa a quien va dirigido su cumplimiento, en el caso de reintegro del servidor público suspendido o destituido.
- A su vez puede ordenar en el mismo mandamiento de ejecución, la elaboración de la Acción de Personal con la Partida Presupuestaria correspondiente al momento de la destitución.
- Para verificar la real certeza de la ejecución puede disponer igualmente que la Acción de Personal del servidor destituido sea presentada al Tribunal, concluyendo el proceso por efectivo cumplimiento.
- Cuando se condena además al pago de haberes y demás beneficios sociales, su cumplimiento rige una vez reintegrado a sus funciones el servidor público.

Estas medidas por práctica diaria son adoptadas porque en muchas ocasiones la autoridad administrativa ha ocupado de manera definitiva

la partida presupuesta del servidor suspendido o destituido, sabiendo que no puede llenarla mientras no se resuelva el proceso sometido a la jurisdicción contenciosa administrativa.²⁷

Se exige igualmente de la autoridad pública la declaración de reintegro del servidor público destituido cuando guarda silencio en el cumplimiento de la sentencia, a fin de evitar alegaciones de renuencia del funcionario público en reasumir sus funciones como justificación de una nueva medida destitutoria.

En otro orden puede ocurrir y de hecho ocurre que la autoridad administrativa a quien va dirigido el mandato del cumplimiento de la sentencia no puede cumplirla argumentando imposibilidad legal o material. Ante esta peculiaridad, la ley²⁸ ha previsto un mecanismo para que su ejecución no sea fallida, instituyendo la figura de la indemnización a favor del administrado en la forma que determine el propio Tribunal Distrital, atendiendo a disposiciones emanadas de la Constitución²⁹ y en las leyes complementarias afines a la pretensión demandada.

No obstante lo anterior, desde la perspectiva de la exigibilidad de obligaciones dinerarias como consecuencia de indemnizaciones de daños y perjuicios aplicadas en sentencias contractuales o de otro carácter, el Tribunal Distrital de lo Contencioso emprende la ejecución señalando un plazo prefijado en ley³⁰ para el cumplimiento de pago; esto es, intimando o advirtiendo al funcionario de la entidad pública obligada a cumplir con el pago.

Sin embargo de este aviso o advertencia, puede sobrevenir complicaciones: el funcionario responsable en el cumplimiento de la obligación puede

²⁷ Loscca.- Artículo 47.- Mientras se tramite un juicio por despido o por suspensión, el puesto del servidor afectado solo podrá llenarse provisionalmente.

²⁸ LJCA. Artículo 63.- Por imposibilidad legal o material para el cumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo no podrá suspenderse ni dejar de ejecutarse el fallo a no ser que se indemnice al perjudicado por el incumplimiento en la forma que determine el propio Tribunal.

²⁹ Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 1, 11-8-98.-Art.35, numeral14.- Para el pago de las indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entenderá como remuneración todo lo que éste reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio.

³⁰ Erjafe.- Art. 207.- "...a pagar una suma de dinero o ejecutar una obligación de hacer o no hacer, el cumplimiento de dicha providencia se la debe realizar en un plazo máximo de treinta días".

negar, retardar o rehusar el pago; o, la Entidad u Organismo del sector público obligada, no cuente con los recursos económicos suficientes.³¹

Ante estas posibilidades, a petición de parte, el Tribunal puede disponer:

- Que el pago se realice con intereses por la mora causada en el cumplimiento de pago.³²
- Que el funcionario responsable de la mora injustificada, o, por rehusar con su deber de cumplir lo ordenado en sentencia sea destituido; independientemente de que el afectado denuncie el hecho ante el Ministerio Público.
- Que la entidad obligada al pago solicite al Ministro de Economía y Finanzas los fondos necesarios para cumplir con la sentencia en firme dentro de un plazo fijado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso.

Vencidos los plazos legales y tomadas las medidas conducentes para que sean ciertas lo resuelto en sentencia, el Tribunal está facultado para ejecutarla aplicando el procedimiento establecido para los juicios ejecutivos del Código de Procedimiento Civil,³³ es decir, sobre suma de dinero determinada por la operación numérica basada en las constancias de la sentencia, fijará la cantidad que debe pagarse procediendo como se ha dicho a petición de parte a embargar dinero³⁴ de cuentas corrientes mantenidas por las Entidades Públicas demandadas en las Instituciones Financieras de cualquier lugar del país donde halla suficiente depósito para cubrir el crédito. Hecha la traba los valores se transfieren a una cuenta conservada al Tribunal Distrital para dichos actos, quien con el dinero aprehendido realiza el pago³⁵ al administrado, efectivizando la

³¹ REG.LME. Art. 23.- "...En el caso de que la entidad u organismo del sector público no contare con los recursos económicos suficientes para el pago de una obligación reconocida en sentencia, solicitara al Ministro de Economía y Finanzas los fondos necesarios para ello".

³² Erjafe.- Art. 207, inciso 2do."...La mora en el pago de obligaciones dinerarias a favor del administrado generará intereses a su favor".

³³ LJCA Art. 64 "...pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio ejecutivo".

³⁴ C.P.C.439.-"...a solicitud del acreedor, se procederá al embargo de los bienes que este señale, prefiriendo dinero..."

³⁵ C.P.C.- Art. 443.- Si se aprehendiere dinero de propiedad del deudor, se hará el pago con el dinero aprehendido

certeza de la sentencia con el cumplimiento de la prestación. Significando la posibilidad de utilizarse la institución del embargo; es decir, activando la compulsión judicial sobre bienes del Estado.

De otro lado, parte del poder coaccionador del Estado ha sido entregado a los Tribunales Contenciosos para disponer el procesamiento administrativo, civil o penal,³⁶ para aquellos funcionarios que retardaren, rehusaren o se negaren dar cumplimiento a las resoluciones provenientes de las sentencias en fase de ejecución. Pudiendo ordenarse no sólo su destitución (administrativa) sino a indemnizar al administrado por los daños causados cuando no tienen la obligación de soportarlos (civil) o penal bajo la figura tipificada de “prevaricato”³⁷ sancionado con prisión.

Este poder coaccionador otorgado por el Estado a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo también se encuentra dirigido a profesionales del derecho que intervienen en causas del Estado bajo la figura de “asesores externos”, y modalidad de “contratos” acordándose en sus cláusulas, que sus honorarios sean pagados en mensualidades hasta la conclusión del juicio; motivo que conlleva muchas veces a su dilatación sin causa real o aparente, angustiando al administrado deseoso de que sus derechos sean realmente restablecidos, cuanto mas para el juez pluripersonal intentando otorgar la tan ansiada tutela efectiva resultante de una justicia pronta y cumplida, constituyendo este ejercicio de acción o contradicción de manera abusiva, maliciosa, o temeraria en “abuso del derecho” causa de suspensión en el ejercicio de su profesión.³⁸

3.2.- Efectos de la ejecución de la sentencia

No es otro que, el resultado de la pretensión demandada, subyacente de un conflicto, solucionándola de ser posible, con el empleo vital de herramientas procesales aparejadas para la ejecución, creadas por el ordena-

³⁶ REG. LME. Art.23, inciso 2do: “...por la demora en el cumplimiento de sentencias u ordenes firmes...sin perjuicio de las acciones penales y civiles que puedan iniciarse con el fin de que se cumpla con lo resuelto por la autoridad judicial”.

³⁷ CP. Art. 277.- Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: 4.- Los empleados públicos de cualquier clase...rehúsen o retarden la administración de justicia.

³⁸ COFJ.- Artículo 335.- Es prohibido a los abogados en el patrocinio de las causas No. 9. Ejercer el derecho de acción o contradicción de manera abusiva, maliciosa o temeraria, violar el principio de buena fe y lealtad, a graves de prácticas tales como presentación de pruebas deformadas, empleo de artimañas y ejecución de procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

miento jurídico a disposición del juez para que su decisión adoptada en la sentencia sea cumplida.

Por otra parte, recordamos las consecuencias del principio dispositivo que inspira nuestra instituciones procesales en rango constitucional, el juez pluripersonal no puede proceder a la ejecución de la sentencia sino a pedido de parte interesada, la que, una vez presentada, debe velar por el efectivo cumplimiento mediante constancia acreditativa de autos como resultado de una sentencia real y cumplida. Sin sentencia efectiva no hay justicia, y por ende, Estado Democrático de Derecho.

Cumplida en su integridad la sentencia el juez pluripersonal pone fin al proceso, derivándose efectos jurídicos en relación con el juez, con las partes y con la materialización del derecho demandado, dando lugar a la institución de la cosa juzgada con la fuerza *erga omnes*.

Cabe resaltar que la sentencia que resuelva la anulación de un acto administrativo por incumplimiento de la norma objetiva administrativa proveniente de resoluciones o reglamentos o de otro carácter tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, esto es, frente a todas las personas sin distinción alguna.

En cambio, la ejecución de las sentencias originadas de las acciones conocidas por la doctrina y reconocida por la ley como subjetivas o indemnizatorias, ejercidas sea por nulidad y restablecimiento del derecho, sea por reparación directa, o resultantes de controversias contractuales cuyo objeto es obtener el restablecimiento del derecho o la indemnización de los perjuicios causados por el acto, hecho, omisión u ejercicio material de la administración según el caso, debe distinguirse en la parte resolutive de la sentencia entre la declaratoria de nulidad del acto, si se ha solicitado y es procedente de acuerdo a la pretensión con la regla amparada,³⁹ el efecto será ***ergo omnes*** (para todo el mundo). Más, si esa declaratoria de nulidad se le agrega además indemnización como condena, los efectos de la sentencia tendrán solo alcance

³⁹ LJCA.- Art. 59.- Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y, b) la omisión o incumplimiento de las formalidades que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión”.

inter partes (para las partes litigantes) por considerarse como un derecho secundario. Tesis recogida de la jurisprudencia y doctrina nacional del Código Civil del cual se nutre el Derecho Administrativo brillantemente expuesto por el maestro Emilio Velasco Celleri en la Colección de Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo 7, Pág. 387, referente a: “Teoría y Práctica de la Acción de Daños y Perjuicios”:

*“...Por esto, es que la indemnización de perjuicios según el Código Civil y la doctrina, consideren **que la indemnización de perjuicios es un derecho secundario,**”*

Esta distinción procesal que acabamos de identificar como efectos de la sentencia en firme deviene porque el control de la legalidad de los actos de la Administración en la jurisdicción contenciosa administrativa en el Ecuador, es ejercido como recursos, reconociendo la ley solo dos clases:⁴⁰ *de plena jurisdicción o subjetivo; y, la de anulación u objetivo; y,* entre el uno y el otro recurso en cuanto a la presentación de demanda y subsiguiente tramitación no existen diferencias por coexistir entre ambos los mismos requisitos preestablecidos en el Artículo 30 de la ley que orienta el procedimiento contencioso para presentar demanda como la utilización de iguales medios de prueba que pueden hacerse valer;⁴¹ distanciándose eso sí, en el contenido de la sentencia en cuanto a sus alcances o proyecciones de acuerdo al objeto de la pretensión y a los efectos que esta produce en su ejecución.

Podemos decir sin temor a equivocarnos que todas las sentencias dictadas en los Tribunales Contenciosos Administrativos en el Ecuador se cumplen en su integridad al contar con mecanismos existentes para su efectivo cumplimiento.

Los efectos de la sentencia se resumen en:

- Extinción de la jurisdicción del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo por hacer cumplir la sentencia en los términos consignados en ella.

⁴⁰ LJCA.- Artículo 3.- El recurso contencioso-administrativo es de dos cales: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.

⁴¹ LJCA.- Artículo 39.- Medios de prueba.- Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial....”

- Declaración del derecho dictado en nombre del Estado.
- Cosa Juzgada con efectos *erga omnes* o inter partes en tanto y en cuanto al objeto de la pretensión por los resultados de su ejecución.

3.3. ¿Justicia Eficaz?

El instrumento que hace uso el Estado para ejercer su función jurisdiccional es el proceso estrechamente ligado al valor justicia. Para cumplir con esa misión, ha tenido que establecer los organismos encargados del ejercicio de ella, ha determinado sus competencias y ha establecido las reglas de procedimiento para el debate judicial correspondiente. Confiando al Tribunal Distrital de lo Contencioso una serie de poderes y deberes, como el de dirigir el desarrollo del proceso, como el de ordenar pruebas de oficio, como el de resolver conflictos que se someten a su decisión como el de ordenar se ejecute lo resuelto utilizando medios procesales a su alcance para obligar a cumplir a quien se encuentra obligado por una decisión judicial recurriendo al auxilio de la fuerza pública de ser necesario.

La eficacia de la decisión judicial plasmada en la sentencia se refleja en la posibilidad de hacer que ella pueda ejecutarse en su integridad y no quedarse en una simple decisión ilusoria, pues quien acude ante esta jurisdicción especial en busca de tutela efectiva, no es para que simplemente se declare su derecho, sino que ese derecho se cristalice utilizando de ser posible enérgicamente remedios procesales introducidos en la institución de la ejecución para hacerla real, cierta y efectiva.

Finalmente, cabe señalar que el periodo que conlleva entre la ejecución al tiempo de su efectivo cumplimiento es considerado como atentatorio contra el principio de tutela judicial efectiva y esto se debe a una serie de factores, como el excesivo número de litigios, la complejidad y numerosa cantidad de disposiciones legales dispersadas en varios cuerpos legales, las deficiencias de orden material y técnico y que adolecen los jueces en su quehacer diario. Agregándose a esto que el ordenamiento procesal permite el uso a los litigantes de una serie de mecanismos para dilatar el cumplimiento de la sentencia. Siendo necesario que el Legislador elabore un verdadero Código Sustantivo y Procesal Contencioso administrativo sistemático, ordenado, coherente y organizado, en

el que se incluyan mecanismos y métodos funcionales para desterrar estos factores negativos que descoloran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y a una justicia pronta y cumplida.

Bibliografía:

- Caravantes citado por Alsina Hugo, (2005), “Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil”, Vol. 3.
- García de Enterría García Eduardo/Ramón Fernández Tomás, (2006), “Curso de Derecho Administrativo”, II Tomo, Colombia, Editorial Temis.
- Gonzalez Pérez, Jesús. (2002) “Constitución y Justicia Administrativa”, Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, No.2, pág. 34.
- Robalino Orellana Javier, (2007), “El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador”, Revista de Derecho Administrativo Iberoamericano, No. 7, pág. 258.
- Rojas Franco, Enrique, (2007) “Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo”, Pág. 580, Ecuador, Editorial Edilex.
- Salcedo Ortega Ernesto, (2006), “Las potestades Administrativas Regladas”, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo, No. 6, Pág.139.
- Santofimio, Jaime (2007) “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, p, 571. Bogotá, Sigma Editores Ltda.
- Vintimilla Patricia, (2005) “Las Nulidades en el Procesalismo Civil”, Capítulo IV, p, 123, Ecuador, Editorial Mosquera.
- Constitución Política de la Republica del Ecuador R.O: 1—08-98 Artículos. 35, numeral 14 y 196.
- Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. No. 43, marzo-09. Artículo 335.

- Código Penal, Artículo 277.
- Codificación al Código de Procedimiento Civil, R.O.-S 56:8-07-0. Artículos: 443 439.
- Codificación a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público Estado R. O. 008 de abril de 2005. Artículos: 45 y 47.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. R.O. No. 536: 18-3-2002, Artículo 207.
- Ley de Casación, R.O. 192: 18-5-1993, Artículo 3.
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Reg. Of. No. 392, 17-8-72, Artículos: 3 10, 23, 24, 39, 40, 43, 62,63.2, 64, 77.
- Ley de Modernización del Estado, R.O.349:31-12-1993, Artículo 38.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, R.O: 372-19-07-2001, Artículo 10.
- Reglamento de la Ley de Modernización del Estado, R.O. 349: 31-12-1993, Artículo 23.
- Fallo de Casación publicado en el R.O.319.18-V-1998 de la Corte Suprema de Justicia.
- Fallo de Casación de la Sala Casacional de la Corte Suprema de Justicia Contenciosa Administrativa, (2007), caso No. 563-07.
- Sentencia del Tribunal Segundo de lo Contencioso Administrativo. (2004), Quito, Marzo 4 del 2004, caso 345-04.
- Sentencia del Tribunal Segundo de lo Contencioso Administrativo de Quito, marzo del 2004.
- Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo.-(2006).- Primera Sala, Quito 12 de Diciembre de 2006.

AMPARO ADMINISTRATIVO EN BOLIVIA

Por José Mario Serrate Paz

SUMARIO: I. Introducción – II. El Amparo Administrativo en Bolivia – III. Actividad Administrativa Impugnable –IV. Competencia para conocer el Amparo y Legitimación – V. Tramite del Amparo Administrativo – VI. Palabras Finales.

1. Introducción

Siendo que en Bolivia, la doctrina y la legislación hacen referencia al amparo constitucional y no al amparo administrativo, en este breve trabajo abordaremos este último, entendido el mismo como una especie del género amparo constitucional.

Inferimos que la función administrativa está determinada por la sustancia del acto y no por el órgano del cual emana. Así encontramos actos, susceptibles del amparo administrativo, en cualquiera de los órganos del Estado, aunque preponderantemente, lógico está, provienen del Órgano Ejecutivo.

Por amparo administrativo entendemos “aquel proceso contencioso constitucional urgente por conducto del cual se somete a la jurisdicción constitucional un conflicto que involucra, por un lado, la sustancia constitucional de los derechos de una de las partes y, por otro, las actuaciones positivas o negativas de autoridades públicas (o de particulares a quienes se le hubiesen delegado atribuciones estatales) en ejercicio de

la función administrativa y que, por ende, se encuentran regidas por los principios, reglas y normas del derecho administrativo”.¹

No podemos dejar de manifestar que desde febrero de 2009, rige en Bolivia una nueva Constitución Política del Estado, que generará cambios estructurales de diversa naturaleza. En su texto y contexto se aprecia una tendencia eminentemente estatista y una dosis exagerada de provocar el cambio. El tiempo, y no este trabajo, será el encargado de juzgar sus aciertos o desaciertos.

2. El amparo administrativo en bolivia

La legislación boliviana inspirada en los tratados internacionales,² incorporó en el texto constitucional de 1967, la figura jurídica del amparo constitucional, cuyo alcance fue demasiado genérico y tuvo escasa aplicabilidad durante los primeros años de su vigencia. Fue con la Constitución de 1995, que creó el Tribunal Constitucional y con la ley del Tribunal Constitucional,³ que reglamentó su organización y funcionamiento, que el amparo alcanzó una mayor implementación como garantía constitucional.

Esta acción exige para su aplicación, como regla general, que no hubiera otro medio o recurso legal para la *protección inmediata* de los derechos y garantías infringidos o por infringirse, es decir que el recurrente no disponga de otra defensa o recurso legal *para evitar un perjuicio irremediable y grave*.

Los conceptos jurídicos indeterminados mencionados en el párrafo anterior, no han sido interpretados uniformemente por los Tribunales, ya que en algunas ocasiones lo hacen de una manera amplia y en otras en forma restrictiva, aplicando en ambas posturas los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad.

¹ Sammartino, Patricio Marcelo E.: Principios Constitucionales del Amparo Administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente. Lexis Nexis Abeledo Perrot. Bs.As., Argentina. 2003. p. 77.

² Declaración de Derechos de Virginia, EE.UU., 1776; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 1789; Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, Colombia, 1948; Declaración Universal de Derechos del Hombre, Francia, 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 1966.

³ Ley 1836, de 1 de abril de 1998.

2.1. Finalidad y caracteres del amparo administrativo

La finalidad primordial de esta acción de amparo en Bolivia, es proteger los derechos fundamentales de las personas, alcanzando no sólo los derechos establecidos expresamente en la Constitución, sino también los abarcados en tratados internacionales y leyes nacionales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia Constitucional 0048/2006-R:

“... que los derechos tutelables a través del amparo constitucional, son los siguientes: 1. los expresamente previstos en el catálogo de derechos señalado en el art. 7 de la Constitución Política del Estado (CPE); 2. otros derechos que si bien no están incluidos en el art. 7 aludido, por su naturaleza y ubicación sistemática, son parte integrante de los derechos fundamentales que establece el orden constitucional boliviano (así, SSCC 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, entre otras); 3. los derechos contenidos en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Bolivia; pues, como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal, “...forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa...” (así, SSCC 1494/2003-R, 1662/2003-R, entre otras).”⁴

Sin embargo la protección a los derechos no es la finalidad exclusiva del amparo administrativo, también contribuye a la defensa objetiva de la Constitución, ya que al cuestionar actuaciones de autoridades públicas, se torna en una especie de *aduana* de legitimidad administrativa, obligando a aquéllas a cumplir adecuadamente sus funciones.

Asimismo, al impedir, la existencia de actos u omisiones de las autoridades públicas, que contraríen el ordenamiento jurídico vigente, asegurando la supremacía constitucional, está actuando en forma implícita como un control de legitimidad. No actúa sin embargo, para controlar la oportunidad, mérito y conveniencia de aquellos actos ni para controlar el actuar lícito de la administración pública.

⁴ Sentencia Constitucional 0048/2006-R, de 18 de enero de 2006.

Por estar la administración pública sometida plenamente a la ley, se presume legítimo todo su actuar salvo expresa declaración judicial; por ello para que proceda la acción de amparo administrativo, la inobservancia al ordenamiento administrativo y la trasgresión a los derechos fundamentales, deben ser manifiesta, clara, contundente y autosuficiente.

En el mismo entendido, uno de los principales caracteres del amparo administrativo es el principio de *ostensibilidad*, que responde a la cognición sumaria en oposición a la cognición plena de procesos ordinarios; de ahí que la ilegitimidad que se acusa en esta acción, debe ser evidente, notoria y no una pálida ilegalidad.

En nuestro medio, la acción de amparo es considerada como un proceso *extraordinario*, autónomo, independiente, especial y sumarísimo. En tal carácter no se somete a suspensiones ni a incidentes dilatorios, en ninguna de sus etapas. No existe propiamente una etapa probatoria ni se admite el instituto de la reconvención.

Dentro del proceso, la *flexibilidad* debe ser un norte del juez o tribunal al considerar la forma y contenido de la demanda. Así por ejemplo, si la demanda no cumple con las formalidades exigidas, pero se deduce la violación a derechos fundamentales, este acto le sirve al recurrente para interrumpir el plazo que se exige para presentar el amparo. El juez o tribunal acentúa su carácter de director del proceso.

A su vez, la procedencia de este amparo es *subsidiaria* y está condicionada a que no exista otro medio o recurso legal para la protección eficaz de los derechos conculcados, es decir no tiene la finalidad de sustituir otro recurso legal, por lo tanto si las otras vías son igual de efectivas, no debiera proceder esta acción. Sin embargo, no puede ignorarse que existe en el país una marcada tendencia al uso indebido de esta acción, al pretender sustituir con la misma, otras instancias procesales de aplicación prioritaria. Esta práctica ha derivado en un atosigamiento de los tribunales de garantía, ocasionando colateralmente, la tardanza en la protección de garantías verdaderamente vulneradas.

La *inmediatez*, otra de sus características, tiene como finalidad la restitución efectiva e inmediata de los derechos fundamentales o garantías constitucionales restringidos o suprimidos por las autoridades públicas.

En coherencia, la demanda debe ser también incoada a la brevedad de conocida la violación, para que, con la premura del caso, se acceda a la protección de los derechos y garantías vulnerados. Así, lo resolvió el órgano guardián de la Constitución:

“En consideración a la inmediatez del recurso de amparo, la jurisprudencia sentada por este Tribunal ha determinado el término de seis meses, como máximo, para interponer el amparo, computable a partir del conocimiento del acto ilegal u omisión indebida o del agotamiento de los medios administrativos u ordinarios previstos en la ley (...)”⁵

Excepcionalmente, el propio Tribunal Constitucional, en aquellos casos en que se vulneran derechos esenciales y permanentes, ha acogido con criterio amplio el plazo para la interposición del amparo:

“...en cuanto al principio de inmediatez como uno de los argumentos utilizados por el juez de amparo para declarar la improcedencia del recurso, corresponde aclarar, que al ser la denuncia sobre supuestos actos arbitrarios que se iniciaron con una sanción -de suspensión de turno de riego- en el año 2000, y que se habrían prolongado indefinidamente, incluso hasta fecha de presentación de la demanda de amparo, no es válida dicha causal...”⁶

Por su parte, la nueva Constitución, a diferencia del texto anterior, que guardaba silencio al respecto, dispone expresamente el plazo máximo de seis meses, computables a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa, para interponer la acción de amparo.⁷

El carácter *contradictorio* de la acción de amparo, surge de pautas constitucionales que son esenciales en toda clase de procesos, como ser la bilateralidad y la defensa en juicio. Debido a su carácter contradictorio, obligatoriamente se debe citar a la autoridad demandada para que asuma su defensa en la audiencia pública⁸; es más, en caso de distancia se debe respetar la prórroga que al efecto dispensa el Código de Proce-

⁵ Sentencia Constitucional 1291/2005 – R de 14 de octubre de 2005.

⁶ Sentencia Constitucional 0661/2005-R, de 14 de junio de 2005.

⁷ CPE, art. 129-III

⁸ Ley 1836, arts. 100 y 101.

dimiento Civil, a fin de que el accionado pueda llegar a la audiencia y no se viole el principio del debido proceso.

Este criterio motivó que se declare inconstitucional el modo de computar el plazo de notificación para la audiencia pública, *a partir de la providencia de admisión* establecida en el artículo 100 de la Ley del Tribunal Constitucional.⁹

El amparo constitucional *no reconoce fueros, privilegios ni garantías*. Así tenemos que si los actos ilegales u omisiones indebidas fueran efectuadas por un legislador que goza del fuero parlamentario, o cualquier otro funcionario público que goce de otros fueros o privilegios, no podrá esgrimirlos como excepción.

3. Actividad administrativa impugnable

La Constitución, establece que todo acto u omisión ilegal o indebida de servidores públicos que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la misma, son susceptibles del amparo administrativo.

3.1. Acto Administrativo

Todos los actos administrativos son susceptibles de amparo administrativo con independencia del órgano que los emita, considerándose como tal a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular, emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, que cumpla los requisitos y formalidades establecidos en la ley de procedimiento administrativo. El acto administrativo es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.¹⁰

⁹ Sentencia Constitucional 62/2000 de 30 de agosto 2000. Que, al determinar el art. 100 de la Ley N° 1836, que el cómputo del plazo de cuarenta y ocho horas se realizará a partir de la providencia de admisión y no de la citación al demandado, está priorizando y sobreponiendo el plazo de efectivización de la audiencia sobre el que concede al demandado el art. 19-III de la Carta Fundamental como mecanismo de materialización de los principios de equilibrio procesal (igualdad ante la Ley) y debido proceso; en consecuencia, está transgrediendo lo establecido por los arts. 6 y 16 de la Constitución Política del Estado.

Que respetando el texto del art. 19 III de la Carta Fundamental corresponde computarse el plazo a partir de la citación legal al demandado.

¹⁰ Ley 2341, de 23 de abril de 2002, art. 27.

La normativa boliviana, también considera actos administrativos a los emitidos por entes públicos no estatales, cuando se encuentran ejerciendo una potestad administrativa y los actos de los privados cuando están ejercitando una potestad pública expresamente confiada por el Estado. En consecuencia se considera función administrativa, a toda actuación positiva o negativa de las autoridades públicas o de particulares, a los que se hubiese encomendado atribuciones estatales, al margen del órgano que la ejerce.

Cabe hacer un paréntesis para señalar que el concepto de acto en el sentido procesal constitucional, receptado por la constitución para el amparo, es más amplio que el descrito en el régimen administrativo. El acto procesal constitucional abarca no sólo la actuación de las autoridades públicas y particulares en función administrativa, sino que comprende también a los actos implícitos y tácitos que no están expresos en la norma, cuando afectan a terceros.

Abarca igualmente al comportamiento material de la administración, nos referimos a cualquiera de sus dos expresiones, tanto a los hechos como a las vías de hecho.

También comprende a las omisiones de las autoridades públicas, en su actuación administrativa, cuando estas sean capaces de provocar lesiones a los derechos fundamentales y su deber de actuación esté impuesto por la norma que ayude a evidenciar el incumplimiento.

Definidos el alcance del acto procesal constitucional y del acto administrativo según la ley de su materia, corresponde determinar en que momento o en que circunstancias el actuar administrativo se convierte en ilegal o indebido, resultando sujeto de amparo administrativo.

Para responder nuestra interrogante, será de ayuda citar al Prof. Julio Comadira quien indica: *“el acto administrativo debe estar subordinado al derecho como consecuencia del principio de juridicidad, el examen de validez o invalidez del acto, implica siempre, un juicio de valor lógico-jurídico de comparación entre el acto, sus elementos y las normas jurídicas que lo condicionan”*.¹¹

¹¹ Comadira, Julio Rodolfo: Acto administrativo Municipal, Depalma, Bs.As., Argentina. 1992. p. 54.

Nuestra ley de Procedimiento Administrativo menciona taxativamente los elementos esenciales del acto administrativo, en consecuencia para establecer si es ilegal o indebido, nos corresponde constatar si los elementos esenciales se encuentran sometidos plenamente a derecho, verificar su esencia y establecer su relación con el plexo normativo en el que se desenvuelven.

Es vital para que el juez o tribunal de derechos y garantías, analice y determine la validez de la actuación administrativa y por ende la procedencia del amparo administrativo, verificar en el marco del derecho administrativo, la concurrencia simultánea de sus elementos y observar si cuenta con los requisitos de fondo y forma que lo configuran en un acto administrativo perfecto, válido y eficaz.

Así por ejemplo en lo que respecta a la competencia, solamente puede conocer y resolver un asunto administrativo el órgano estatal cuya *competencia* emane, derive o resulte expresamente de la normativa, ésta es irrenunciable inexcusable y de ejercicio obligatorio. Sin embargo, se debe considerar también que la competencia puede ser delegada, sustituida o avocada en casos expresamente previstos en la ley, variables que solamente pueden apreciarse desde la óptica del derecho público.

La *causa* del acto administrativo, debe ser apreciada por el juez o tribunal amparista, desde la órbita del derecho público que la relaciona a los hechos y antecedentes del acto y no desde la óptica del derecho privado que la refiere particularmente al origen o fin de las obligaciones.

La *forma* del actuar administrativo cobra importancia en el control de la admisibilidad y procedencia de este amparo. Desde la preparación y después de dictado el acto administrativo, las formas son esenciales, pues si se niega infundadamente en sede administrativa una prueba, si se omite un informe técnico o jurídico previamente establecido o se impide la *vista del expediente* se está violando el debido proceso adjetivo, repercutiendo directamente en la procedencia de la acción amparista.

Así lo establece el Tribunal Constitucional cuando en la SC 0862/2007-R, señala:

“...la omisión conculca el derecho al debido proceso que según lo ha declarado la jurisprudencia constitucional, es un derecho fundamental inspirado en principios superiores y en valores universales resumidos en el art. 16 de la CPE y el derecho a la seguridad jurídica, entendida como la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de las autoridades pueda causarles perjuicio. Aspectos que determinan se conceda el recurso de amparo constitucional como medio reparador de las transgresiones demostradas.”¹²

También, es de gran utilidad para la valoración del actuar administrativo, sujeta al amparo, considerar el régimen sobre nulidad y anulabilidad que la ley de procedimientos administrativo, establece:

Se sanciona con la *nulidad* los actos que se hubiesen dictado por autoridad sin competencia, los que carezcan de objeto y los que se hubiesen dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido.

Se sanciona con la *anulabilidad* del acto, entre otras, las infracciones al ordenamiento jurídico no sancionadas con la nulidad y cuando carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin.

Por otra parte, es conveniente puntualizar que para que el acto administrativo sea sujeto de amparo administrativo, es necesario que sea definitivo o de carácter equivalente, pues la tutela rige sólo en aquellos casos en los que el acto administrativo surte efectos frente a terceros ya sea lesionando o favoreciendo, por sí mismo al particular. El vocablo “*definitivo*” se utiliza en contraposición al acto de “*mero trámite*” que no decide una cuestión como sustancial, sino solamente atinente al procedimiento.

Como ejemplo, podemos señalar que en las contrataciones administrativas, no es impugnabile el informe de la comisión de calificación, por más que lesione derechos fundamentales de los proponentes, puesto que no causa efectos sino a través de la resolución administrativa de adjudicación o de declaratoria desierta, que es la que puede ser objeto del recurso de impugnación por su efectos vinculantes frente a terceros.¹³

¹² Sentencia Constitucional 0862/2007-R de 12 de diciembre de 2007.

3.2. Omisiones ilegales o indebidas

Como ya expresamos, las *omisiones ilegales o indebidas* de los servidores públicos que atenten contra los derechos y garantías fundamentales, también están comprendidas en la acepción procesal constitucional amplia de actos. El accionar administrativo es un deber de los servidores públicos y su omisión los hace pasibles de responsabilidad. Así, si un funcionario público tiene el deber legal de honrar determinada obligación y no da cumplimiento a aquel mandato normativo, tanto en sus aspectos formales como en su contenido, prosperará por ese “*no hacer*”, el amparo administrativo.

En nuestro medio una de las omisiones más perniciosas fue el prolongado incumplimiento de la disposición constitucional impuesta al Congreso para que dictara una ley de descentralización administrativa, que si bien no establecía el plazo, cumplirla después de veintiocho años vulnera todo límite de razonabilidad.

Forma parte también de las omisiones ilegales o indebidas, el incumplimiento del Órgano Ejecutivo de dictar reglamentos a leyes emanadas del Legislativo que sin contar con éstos, se tornan inaplicables. En ambos casos se está frente a omisiones inconstitucionales que habilitan la jurisdicción amparista, el ejecutivo al no reglamentar y el legislativo al no cumplir con su función.

3.3. Actos Administrativos de Alcance General

También los actos administrativos de alcance general, como son los reglamentos, se encuentran inmersos dentro del concepto de acto en el sentido procesal constitucional, y por ende, la infracción o violación de derechos mediante estos instrumentos, es pasible del amparo administrativo, siempre y cuando sus efectos se operen directamente y sin la necesidad de actos singulares para su aplicabilidad, de lo contrario no procede el amparo pues no se da el factor *urgencia* expresado en la alusión *protección inmediata*.

3.4. Vías de hecho

En lo que respecta a los hechos y a las vías de hecho ejecutadas por

¹³ D.S. 29190 de 11 de julio de 2007. Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, art. 71

los funcionarios públicos, corresponde señalar que si bien no son actos jurídicos, ambos son pasibles de amparo.

El Tribunal Constitucional, despejó las dudas al respecto, englobando en el concepto de *actos ilegales u omisiones indebidas a las vías de hecho* ejecutados por funcionarios públicos interpretando que ese obrar, si bien no era un *acto jurídico* por estar distanciado del derecho, se convertía en una flagrante y grosera violación del orden jurídico y por lo tanto tutelado por la acción de amparo.

Así se desprende del caso resuelto mediante la SC 1420/2003-R, en el que el recurrente manifestó que el ejecutivo de un municipio, clausuró ilegalmente la caseta donde vendía productos y decomisó sus herramientas de trabajo sin una determinación escrita. El Tribunal Constitucional en este caso declaró la procedencia del amparo, indicando que si bien dicho accionar fue realizado en cumplimiento a una Resolución Municipal, a la vez fue realizado *sin ningún procedimiento administrativo previo*.

3.5. Servidores o Funcionarios Públicos

En otro orden de ideas, y pese a que la amplitud del concepto de acto administrativo abarca incluso actos de particulares en el ejercicio de la función administrativa, resulta indispensable conocer la definición de servidores públicos, autoridades o funcionarios, como indistintamente se los denomina en el ordenamiento jurídico boliviano, pues sus declaraciones, disposiciones y decisiones son las que preponderantemente generan los actos administrativos sujetos a la tutela de la garantía jurisdiccional.¹⁴

En nuestro medio jurídico el término funcionario es independiente de la jerarquía que ostenta, así como también del origen de su función. Comprende a todo funcionario electo, a los designados, a los de libre nombramiento, a los de carrera y a los interinos. En síntesis, utilizando los extremos, comprende tanto al presidente de la república como al último empleado de la administración.

¹⁴ Para comprender a cabalidad la acepción de Funcionario o Servidor Público consideramos aconsejable remitirnos al Estatuto del Funcionario Público que los define. Así la ley N°2027 de 27 de octubre de 1999. Art. 4 (Servidor Público). Servidor público es aquella persona individual, que independientemente de su jerarquía y calidad, presta servicios en relación de dependencia a una entidad sometida al ámbito de aplicación de la presente Ley. El término servidor público, para efectos de esta Ley, se refiere también a los dignatarios, funcionarios y empleados públicos u otras personas que presten servicios en relación de dependencia con entidades estatales, cualquiera sea la fuente de su remuneración.

A nuestro criterio, el mencionar solamente a los funcionarios y no así a los entes ú organismos estatales, como generadores de actos administrativos, resulta insuficiente, pues los actos representan la voluntad del órgano, al margen del funcionario que los hubiera emitido y por lo tanto, resultaría más apropiado que esta acción se interponga contra el órgano emisor.

En este orden de ideas, algunas legislaciones han incluido tanto al funcionario público como a los entes jurídicos públicos, cuando establecen que *“Las violaciones de los derechos y libertades... originadas por disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho del gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo...”*¹⁵ Creemos conveniente incluir este aspecto en nuestra legislación.

Por otro lado es importante destacar que dentro del concepto de acto procesal constitucional, quedan comprendidos también aquellos actos emanados del Poder Legislativo y Judicial destinados a atender su propia organización y funcionamiento. Estando, como ya se manifestó, el ejercicio de la función administrativa, al margen del órgano que la ejerce, podemos decir que los Órganos Legislativo y Judicial también producen, en su ám-

Art. 5 (Clases de Servidores Públicos). Los servidores públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios electos: Son aquellas personas cuya función pública se origina en un proceso eleccionario previsto por la Constitución Política del Estado. Estos funcionarios no están sujetos a las disposiciones relativas a la Carrera Administrativa y Régimen Laboral del Presente Estatuto.
- b) Funcionarios designados: Son aquellas personas cuya función pública emerge de un nombramiento a cargo público, conforme a la Constitución Política del Estado, disposición legal u Sistema de Organización Administrativa aplicable. Estos funcionarios no están sujetos a las disposiciones relativas a la Carrera Administrativa del presente Estatuto.
- c) Funcionarios de libre nombramiento: Son aquellas personas que realizan funciones administrativas de confianza y asesoramiento técnico especializado para los funcionarios electos o designados. El Sistema de Administración de Personal, en forma coordinada con los Sistemas de Organización Administrativa y de Presupuesto, determinará el número y atribuciones específicas de éstos y el presupuesto asignado para este fin. Estos funcionarios no están sujetos a las disposiciones relativas a la Carrera Administrativa del presente Estatuto.
- d) Funcionarios de carrera: Son aquellos que forman parte de la administración pública, cuya incorporación y permanencia se ajusta a las disposiciones de la Carrera Administrativa que se establecen en el presente Estatuto.
- e) Funcionarios interinos: Son aquellos que, de manera provisional y por un plazo máximo e improrrogable de 90 días, ocupan cargos públicos previstos para la carrera administrativa, en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera conforme al presente Estatuto y disposiciones reglamentarias.

bito, al contratar, administrar, disponer, imponer medidas disciplinarias etc., verdaderos actos sujetos a la acción de amparo administrativo.

Prospera así, la acción de amparo administrativo contra los actos del Consejo de la Magistratura,¹⁶ responsable del régimen disciplinario de la jurisdicción ordinaria, y del control y fiscalización del manejo administrativo y financiero del Poder Judicial, por ser estos actos de naturaleza eminentemente administrativa y no jurisdiccional.

Este criterio ha sido acogido también por las Normas Básicas de Contratación de Bienes y Servicios, que al definir su ámbito de aplicación, no solamente incluyen al Órgano Ejecutivo, sino que expresamente incorporan a los Órganos Legislativo y Judicial.

3.6. Actividad administrativa no impugnabile

Trataremos de individualizar aquí la actividad administrativa *no impugnabile* por la vía del amparo administrativo.

Comenzamos manifestando que existe una *actividad no jurídica* de la administración, que por no producir efectos jurídicos permanece ajena al derecho y por consiguiente no sujeta al amparo administrativo.

Tampoco son impugnables por el amparo, los *actos de administración* por no tener una repercusión directa e inmediata contra derechos subjetivos e intereses legítimos, y porque sus efectos permanecen al interior de la Administración Pública y no trascienden a terceras personas. Esta particularidad lo diferencia del acto administrativo.

La acción amparista no es viable contra *los proyectos de actos, de reglamentos o de leyes* pues mientras éstos permanezcan en su etapa de elaboración o gestación, no son verdaderos actos, ni verdaderos reglamentos ni verdaderas leyes, pudiendo ser modificados sustancialmente en sus diversas etapas de tramitación, y mientras no estén concluidos no podrán ser considerados como objeto del amparo.

No procede la acción, contra los *actos consultivos* emanados de persona u organismos cuya finalidad es la de evacuar informes o dictámenes en

¹⁵ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España 02/1979 de 03 de octubre de 1979, art. 43.1.

cuyo contenido transmiten una opinión ilustrativa para que la autoridad forme un mejor criterio antes dictar el acto final.

Tampoco caen en el ámbito de la acción amparista los *actos interorgánicos*, pues su radio de acción no trasciende los contornos de la propia administración, ya que su accionar sólo se relaciona entre los distintos organismos o reparticiones o distintos órganos de una misma persona jurídica del Estado.

No es procedente contra las resoluciones administrativas de *mero trámite*, porque si estos actos administrativos violaran potencialmente derechos y garantías, su accionar no causaría efectos sino a través del acto final. Entonces, sería contra este último que procedería la acción, siempre desde luego, que se cumplan los requisitos procesales constitucionales.

Es asimismo improcedente frente a las *actuaciones procesales, dictámenes y requerimientos* emitidos por el Fiscal General de la República, así como por los otros Fiscales subordinados a éste, en razón a que por su naturaleza jurídica estos actos no tienen fuerza vinculante.

3.7. Agotamiento de la vía administrativa

El texto constitucional¹⁶ sobre amparo es categórico cuando prescribe que procederá “*siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías...*” y la ley del Tribunal Constitucional,¹⁷ en similares palabras expresa que procederá: “*siempre que no hubiere otro medio o recurso para la protección inmediata de los derechos y garantías...*”

Es decir, que de existir otros medios para ser interpuestos y de asegurar éstos la satisfacción inmediata de los derechos y garantías vulnerados, no procederá el amparo. En tal sentido, se requiere interpretar con justeza este mandato legal.

Como vemos, ni la Constitución ni la Ley mencionan la prerrogativa del “*reclamo administrativo previo*” ni el “*agotamiento de la vía administrativa*”, lo que nos lleva a colegir que tanto los constituyentes como los legisladores optaron por omitir estos conceptos, como requisitos para

¹⁶ CPE, Art. 129.

¹⁷ Ley 1836, art. 94.

la interposición del amparo. Consideramos que ambas prerrogativas, aunque no estén expresamente aludidas, surgen implícitas en el principio de subsidiariedad del amparo.

Sin embargo, en aquellos casos en los que aún habiendo otras vías u otros recursos que se puedan interponer, pero éstos no satisfacen la exigencia de idoneidad e inmediatez impuesta por el legislador, resulta incongruente exigir el *agotamiento de la vía administrativa*, por cuanto provocaría un daño irreparable al derecho fundamental que se trata de tutelar.

Nuestra ley de Procedimiento Administrativo puntualiza los supuestos en los que se tendrá por agotada la vía administrativa, habilitando la interposición del contencioso-administrativo. Supuestos que también son de aplicación para el juez o tribunal de amparo.¹⁸

En lo referente a la existencia de otro medio de *protección inmediata para evitar un perjuicio irremediable y grave*, cuando se habla de amparo en materia administrativa, resulta imprescindible hacer mención al previo agotamiento del proceso contencioso administrativo. En este sentido, los fallos del Tribunal Constitucional no han sido uniformes.

Así tenemos que por una parte, establece:

“Que, de lo referido precedentemente, se concluye que la Resolución Administrativa dictada por el Superintendente del Servicio Civil, al resolver un recurso jerárquico, sólo puede ser impugnada en la vía judicial en un proceso contencioso-administrativo [...] En consecuencia, cualesquiera de las partes que se considere agravada por la resolución del Superintendente del Servicio Civil, deberá impugnarlo por la vía judicial antes referida.

En consecuencia, la existencia de ese medio legal determina la improcedencia del presente amparo, el cual por su carácter subsi-

¹⁸ Ley 2341, art. 69.

- Cuando se resuelvan los recursos jerárquicos interpuestos, último recurso en la vía administrativa.
- Cuando se trate de actos administrativos, contra los cuales no proceda ningún recurso en vía administrativa.
- Cuando se trate de resoluciones de órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario.
- Cuando se trate de resoluciones distintas a las señaladas, siempre que una ley así lo establezca.

*diario sólo es procedente previo agotamiento de los recursos que la ley franquea al afectado para hacer valer sus derechos, y no puede ser utilizado en sustitución ó en forma alternativa a los mismos, aún cuando no hayan sido oportunamente utilizados.*¹⁹

Y por otra parte el mismo Tribunal, dos años más tarde, en distinta composición, ha pronunciado lo siguiente:

*“...la instancia administrativa concluye con la resolución del recurso jerárquico, mientras que el proceso contencioso administrativo, es una vía judicial, no administrativa, diferente de la primera, no siendo necesario agotar ésta, para luego recién interponer el amparo...”*²⁰

En nuestro medio la prueba sobre el agotamiento de la vía administrativa previa, corresponde exclusivamente a quien interpone la acción de amparo. En esta tramitación el juez o tribunal debe valorar la conducta procesal del recurrente.

4. Competencia para conocer el amparo y legitimación

Es oportuno señalar previamente que si bien dentro de la Organización Judicial,²¹ se incorpora el fuero en *materia administrativa -coactiva fiscal y tributaria*, inexplicablemente sus jueces sólo tienen competencia para conocer y decidir las causas contenciosa-fiscales promovidas por las propias autoridades públicas, es decir, ningún particular puede iniciar una acción contra el Estado en dicho fuero.

En consecuencia, al no existir un fuero específico en materia contenciosa-administrativa, detentan estas funciones la Corte Suprema de Justicia²² y los juzgados de primera instancia en lo civil - comercial.²³

Manifestado esto, corresponde mencionar que ha sido la ley del Tribunal Constitucional,²⁴ la que otorgó competencia para conocer la acción

¹⁹ Sentencia Constitucional 0471/2003-R, Sucre, 9 de abril de 2003.

²⁰ Sentencia Constitucional 0355/2005-R, Sucre, 12 de abril de 2005.

²¹ Ley 1455, de 18 de febrero de 1993.

²² Ley 1455, art. 55, inc. 10).

²³ Ley 1455, art. 134, inc. 6).

²⁴ Ley 1836, art. 95.

de amparo a las Cortes Superiores de Distrito, en las capitales de departamento, en sus Salas, por turno y en las provincias a los jueces de partido,²⁵ sean estos de cualquier fuero, teniendo en cuenta que su jurisdicción alcanza a todo el territorio de la respectiva provincia.

Resueltas las acciones de amparo por los jueces de partido y las salas de turno de las Cortes Superiores del Distrito, las mismas deberán ser remitidas de oficio al Tribunal Constitucional para su revisión. Es ilustrativo manifestar que de todas las causas recibidas y resueltas por el Tribunal Constitucional desde el inicio de sus funciones en junio de 1999, el 56.28% corresponden a la revisión de amparos.²⁶

A nuestro criterio, la competencia para conocer los amparos debería ampliarse a los jueces de instrucción, en ausencia de los jueces de partido, tal como se ha instrumentado para el recurso de habeas corpus. Esto en mérito a que dada la extensa geografía de las provincias y la deficiente infraestructura de vías de acceso, muchas localidades importantes, no cuentan con jueces de partido y sus habitantes ven disminuidas las posibilidades para recurrir al amparo, en defensa de sus derechos y garantías.

4.1. Legitimación

Nuestra Constitución establece que *la persona que se crea afectada*, podrá interponer una demanda de amparo y que también podrá hacerlo *otra persona a su nombre, con poder suficiente*.²⁷ Esta redacción sólo menciona a la *persona*, sin aclarar si es natural o jurídica, privada o pública, por lo que no dudamos del acceso que tienen las personas jurídicas a la garantía del amparo.

En ese mismo sentido, las *personas jurídicas públicas*, tanto las *públicas estatales* como las *públicas no estatales*, están legitimadas para interponer la acción de amparo contra otras autoridades públicas (siempre que actúen desprovistas de su poder de imperio) que vulneren o amenacen vulnerar sus derechos tutelados. Así por ejemplo la resolución administrativa del Ministerio de Hacienda que niegue a los Municipios el desembolso de los recursos que por ley le corresponden, sería

²⁵ Ley 1836, art. 95 incs. 1 y 2.

²⁶ <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/gpwtc.php?name=Estadisticas>

²⁷ CPE: art. 129-I.

pasible de amparo administrativo, si como consecuencia de ésta resulta un daño inminente e irreparable y no hubiera otro medio idóneo para la tutela inmediata.

El Tribunal Constitucional, respecto a la legitimación activa de las personas jurídicas públicas, en la SC 0400/2006-R,²⁸ ha pronunciado lo siguiente:

“...las personas jurídicas públicas tienen legitimación activa cuando actúan como entidad jurídica de derecho civil, ..., bajo esta forma de actuación posible de los órganos del Estado, donde éstos actúan como cualquier persona jurídica capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones, se encuentran en aptitud de utilizar todos aquellos medios que la ley concede a las personas en general para su defensa, entre ellos el recurso de amparo.”

“Cuando los entes públicos actúan provistos de imperium, su aptitud para ser titulares de derechos fundamentales, y por lo tanto su capacidad y legitimación en el proceso de amparo, deberá examinarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta el tipo de persona jurídica pública de que se trate y el derecho fundamental cuya lesión se invoque, como por ejemplo las universidades públicas.”

Por otro lado, la Ley Orgánica del Ministerio Público, actualmente en vigencia, establece dentro de sus finalidades la *de promover la justicia, defender la legalidad, los intereses del Estado y la sociedad.*²⁹ Por su parte, el Reglamento a la Ley del Tribunal Constitucional, también en vigencia, le impone al Ministerio Público la obligación de intervenir en la audiencia pública del proceso de amparo administrativo, para asumir la defensa del Estado, cuando se trate de recursos y demandas que afecten sus intereses; facultades concordantes con las establecidas en el antiguo texto constitucional.

A diferencia del anterior texto constitucional que legitimaba expresamente al *Ministerio Público* para interponer de oficio la acción de amparo, cuando no lo hiciera o pudiese hacerlo la persona afectada,³⁰ el nuevo texto constitucional le cercena sin justificativo esta función,

²⁸ Sentencia Constitucional 0400/2006-R de 25 de abril de 2006.

²⁹ Ley 2175, de 13 de febrero de 2001, art.3.

³⁰ CPE derogada, art. 19-II.

dejando sin protección legal a aquéllas personas que siendo agraviadas no presentaren o no pudieran presentar su demanda de amparo, lo que nos obliga a inquirir sobre cuál será en adelante su función en relación a la acción amparista.

El *Defensor del Pueblo* es una figura incorporada en el ordenamiento jurídico nacional con la reforma constitucional de 1994. Son numerosos los amparos administrativos iniciados por esta institución. El Defensor del Pueblo tiene, entre otras, la facultad de interponer demandas de amparo, con la particularidad de no necesitar mandato alguno.³¹

Su ámbito de acción alcanza a la actividad administrativa de todo el sector público y a la actividad de las instituciones privadas que presten servicios públicos. De la interpretación exegética quedan excluidas de su tutela la actividad legislativa y jurisdiccional del sector público.³²

Sin embargo, como el Defensor del Pueblo también vela por la promoción, vigencia, divulgación y defensa de los derechos humanos, sin limitación alguna, de esta manera indirecta abre su competencia, en el caso de violación de estos derechos como consecuencia de la actividad legislativa y jurisdiccional, con la única salvedad de que no puede pedir la calificación de daños y perjuicios en los amparos que interponga.

5. Trámite del amparo administrativo

El juez o tribunal al considerar la forma y contenido de las *demandas* de amparo administrativo, debe aplicar como norte, el principio de la flexibilidad, sin desconocer que los requisitos de la demanda son de orden público, y su eventual falta de apreciación en el auto de admisión, no implica, su tácita subsanación.

En consecuencia, en el texto de la *demandas*, se deben identificar en forma sucinta pero con precisión y claridad, los actos ilegales y las omisiones indebidas de las autoridades a las que se imputa la conculcación de derechos y garantías fundamentales. Asimismo se debe exponer la fundamentación jurídica, que sustentará la pretensión. En el caso que la *demandas* no cumpliera con las formalidades exigidas y sin embargo

²⁸ CPE, art. 222.

²⁹ Ley 1818, del 22 de diciembre de 1997, art. 11-1.

se evidenciara la violación a derechos fundamentales, tendrá el mérito procesal de interrumpir el plazo para presentar el amparo.

Con la admisión de la *demanda* se apertura el proceso de amparo y también se controlan los aspectos formales: jurisdicción y competencia del juez o tribunal,³³ personería del demandante, identificación del demandado, asistencia letrada, y plazo de presentación. La *audiencia pública*, tendrá lugar dentro del plazo máximo de 48 horas desde la citación de la autoridad recurrida, dejando constancia que este emplazamiento deberá ser obedecido sin observación ni excusa.

La *audiencia pública* no podrá ser suspendida ni por la ausencia de la autoridad recurrida ni del Ministerio Público, estableciéndose la prohibición expresa de decretar recesos o cuartos intermedios durante su desarrollo, en armonía con el principio de celeridad.

El accionante una vez instalado el acto de la audiencia, tiene la facultad de ratificar, modificar o ampliar los términos de su demanda y ofrecer pruebas. El recurrido por su parte tiene la obligación de comparecer por sí o mediante apoderado, y deberá prestar informe sobre los actos ilegales u omisiones indebidas que le sean imputados y si el caso lo requiere, podrá presentar los actuados correspondientes al hecho denunciado y las pruebas.

A tiempo de admitir la demanda, el tribunal o juez de garantías podrá dictar las *medidas cautelares* necesarias para evitar la consumación de la amenaza, restricción o supresión del derecho o garantía en que se funda el amparo. El recurrente también podrá solicitar la adopción de *medidas cautelares* en cualquier momento, con carácter previo a la resolución final.³⁴ Por disposición reglamentaria las *medidas cautelares* que hubieran sido adoptadas, se mantendrán vigentes, durante toda la etapa de revisión hasta que se pronuncie el Tribunal Constitucional.³⁵ Las medidas cautelares, podrán ser suspensivas (quedando el acto recurrido, privado de su ejecución) o positivas (cuando el objeto del amparo es una omisión y se ordena la ejecución del acto a fin de prevenir un daño inminente que ocasionaría su inejecución).

³³ CPE, art. 19-IV, y Ley 1836, art. 97.

³⁴ Ley 1836, art. 99.

³⁵ Ley 1836, art. 99.

Por otra parte, debe señalarse que durante la tramitación del amparo administrativo, el tribunal de amparo de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento y previa noticia de partes, podrá disponer la *acumulación de procesos por conexitud*, siempre que se justifique la unidad de tramitación y decisión, y no provoque atrasos innecesarios en el conocimiento de las causas.³⁶ Para que proceda la acumulación deben constatarse dos circunstancias: la conexión y la conveniencia de tramitación conjunta derivada de esa conexión.³⁷

5.1. Alcances de la Resolución Final de Amparo

Conocido el amparo por el juez o tribunal amparista, en la audiencia pública deberá emitir la resolución final, ya sea concediendo o denegando la tutela invocada. La resolución final de amparo, cuya naturaleza es la de una sentencia judicial, viene delimitada por el objeto de la demanda, y debe responder al principio de congruencia procesal, resolviendo todas las cuestiones planteadas por las partes dentro del proceso.

Ante cualquier vacío, insuficiencia u oscuridad de la norma, el juez o tribunal de amparo tiene la obligación de fallar. Si bien la norma boliviana refiere expresamente al Tribunal Constitucional,³⁸ consideramos esta obligación extensiva a todos los jueces de partido y a las Cortes Superiores de Distrito, que actúan como tribunales de garantías, quienes en ningún caso podrán excusarse de resolver en las causas sometidas a su conocimiento.

La resolución final emitida por el juez o tribunal de garantía se ejecuta en forma inmediata, sin observación alguna. Trato distinto se dispensa en la ejecución de sus efectos, como ser multas, daños y perjuicios, que sólo se efectivizarán una vez absuelta la revisión por parte del Tribunal Constitucional.

Cuando la resolución final conceda el amparo, dispondrá: i) la anulación³⁹ de la resolución ilegal o indebida que restringe o suprime los derechos o garantías del actor; ii) la cesación del acto ilegal o indebido;

³⁶ Ley 1836, art. 40 y Reglamento Ley 1836, art. 9.

³⁷ Pérez Tremps, Pablo: *El Recurso de Amparo. Tirant lo blanch*. Valencia, España. 2004. p. 275.

³⁸ Ley 1836, art. 5.

³⁹ La declaración de anulación trae consigo la sanción de anular el acto lesivo, ya que es la única forma de dejar sin efecto la violación a los derechos y garantías fundamentales. Cabe resaltar que cuando se habla de anulación se hace referencia a actos positivos y no a omisiones.

o iii) La realización del acto o emisión de la resolución para reparar la omisión ilegal o indebida.⁴⁰ También determinará la existencia o no de responsabilidad civil y/o penal (de encontrarla remitirá los antecedentes al Ministerio Público), monto indemnizable y daños y perjuicios. Una de la particularidades de nuestro ordenamiento, es que si el juez o tribunal no contara con los elementos necesarios para calificar los daños y perjuicios, de manera incidental, abrirá la causa a prueba por ocho días, para que se acrediten los mismos y ordenará la retención de haberes y el embargo de los bienes de la autoridad accionada, a los efectos de dicha reparación.

Cuando la resolución final deniegue el amparo, impondrá costas y multas al actor, las que serán fijadas por el juez o tribunal de garantías en la misma audiencia.⁴¹

Por la envergadura de los valores que están en juego cualquier persona, pública o particular que resista las decisiones judiciales en el trámite o decisiones inherentes a esta acción, debe ser remitido ante el Ministerio Público para su procesamiento penal por atentado contra las garantías constitucionales.

El Tribunal Constitucional impondrá además sanciones pecuniarias a toda persona investida o no de la función pública, accionante, accionado o cualquier sujeto, que incumpla las determinaciones del tribunal dentro de los plazos señalados y puede reiterarlas en forma compulsiva y progresiva hasta su total cumplimiento, sin perjuicio de otras responsabilidades.⁴²

5.2. Otras Formas de Terminación de Amparo

Además de la resolución final, existen otras formas excepcionales de terminación del amparo, como son *la extinción de objeto y el desistimiento*, que si bien no son las naturales, al igual que en los procesos ordinarios, son una realidad que merece ser considerada.

La extinción del objeto, se presenta cuando por razones fácticas o jurídi-

⁴⁰ Rivera Santibáñez, José Antonio: Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia. Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Cochabamba, Bolivia. 2001. p. 429.

⁴¹ Ley 1836, art. 102-III.

⁴² Ley 1836, art. 52.

cas ha mutado el escenario en el que se planteó la acción. Usualmente se produce cuando la pretensión del accionante ha sido alcanzada indirectamente, a través de otros medios diferentes a los esgrimidos en el amparo, o cuando desaparece la causa de la acción, tornando innecesaria la continuidad del proceso de amparo.

El desistimiento puede darse antes o después de la citación a la autoridad recurrida. En el primer caso pese a reconocerse la unilateralidad de esta figura, consideramos que queda a la discrecionalidad del juez o tribunal de garantías acceder o negar tal solicitud, sopesando razones de interés público. En el segundo, el juez o tribunal de garantías, no podrá acceder a lo solicitado sin previamente escuchar a la autoridad recurrida, ponderando así razones valederas para aceptar o denegar lo solicitado. En ambos casos, se establece la aplicación de costas al accionante.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado el siguiente criterio, en el AC 0008/2005-O, de 26 de abril de 2005, en la cual como se ve pesan las razones de orden público:

“(...) Dicha facultad procesal es aplicable en la jurisdicción constitucional dentro de los recursos que admiten el desistimiento, tal es el caso del recurso de amparo constitucional, siempre y cuando sea expuesto en forma expresa antes del pronunciamiento de la respectiva sentencia constitucional, y no existan razones de orden público o relevancia nacional”.

5.3. Revisión por el Tribunal Constitucional

Dentro de nuestra economía procesal constitucional (control constitucional concentrado), las resoluciones de amparo administrativo, pronunciadas por los jueces de partido o por la sala de turno de las Cortes Superiores de Distrito, ya sea concediendo o denegándolo, serán obligatoriamente remitidas en revisión al Tribunal Constitucional.⁴⁴

Las partes dentro de las 24 horas siguientes de la notificación con el auto de admisión, pueden interponer ya ante el Tribunal Constitucional, la solicitud de aclaración, enmienda o complementación de algún concepto oscuro o para corregir algún error material o bien con la fina-

⁴⁴ Ley 1836, art. 102-V.

lidad de que subsane alguna omisión sin afectar el fondo de la resolución. Si las partes no hacen uso de este derecho y el Tribunal percibe la necesidad de aclarar, enmendar o complementar, por las razones antes señaladas, puede hacerlo de oficio.⁴⁵

En caso de evidenciarse que el juez o tribunal que dictó el amparo, no hubiera actuado conforme al procedimiento constitucional establecido por ley, el Tribunal Constitucional dispondrá la remisión de los antecedentes al Consejo de la Judicatura, órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial, que administra el escalafón judicial y ejerce el poder disciplinario sobre los funcionarios judiciales.⁴⁶

En el mismo sentido, los funcionarios públicos y las personas particulares que reciban una orden judicial, durante la sustanciación del amparo y no la cumplan o no la hicieren cumplir serán sometidos a proceso penal a cuyo efecto el Tribunal Constitucional deberá remitir los antecedentes al Ministerio Público.⁴⁷

A los efectos de dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley del Tribunal Constitucional y en mérito a sus fines de ejercer el control de constitucionalidad y garantizar la primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas, el obrar del Tribunal Constitucional, autos, sentencias y declaraciones que emita, se publicarán mensualmente en la Gaceta Constitucional,⁴⁸ acorde con los principios de publicidad y transparencia.

6. Palabras finales

El Tribunal Constitucional de Bolivia, sin nominarlo, ha ido a lo largo de sus años de vigencia, sentando una jurisprudencia respecto a la acción de amparo administrativo.

Sin embargo, es lamentable tener que cerrar este trabajo manifestando que dicha institución, desde octubre del 2007, contaba con sólo uno de sus magistrados, quien finalmente y también por presiones de orden político renunció en mayo de 2009. En otras palabras, se ha producido

⁴⁵ Reglamento Ley 1836, art. 21

⁴⁶ CPE, art. 195, 2ª.

⁴⁷ Ley 1836, art. 104.

⁴⁸ Ley 1836, art. 43

un descabezamiento de la institución que garantizaba la primacía de la Constitución, que defendía en última instancia los derechos y garantías del ciudadano, ejerciendo el control de constitucionalidad y siendo el último intérprete de la Constitución.

Constituye esto un verdadero alejamiento del *estado de derecho*, pues todas sus funciones⁴⁹ se encuentran paralizadas debido a que el Congreso y el Ejecutivo Nacional (incurriendo en verdaderas omisiones indebidas), a pesar del tiempo transcurrido desde producidas las vacancias, no han cubierto las mismas. Se trasluce así en los hechos, una voluntad política evidente, de mantener en esta situación *sui generis* al control constitucional en Bolivia, pasando por alto las graves consecuencias de postrar al país y a sus habitantes dejándolos al margen de una tutela efectiva de sus derechos y garantías.

Santa Cruz de la Sierra, 30 de junio de 2009

⁴⁹ CPE, art. 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:

1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.
2. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público.
3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas.
4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución.
5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.
6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.
7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.
8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.
9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.
10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.
11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.
12. Los recursos directos de nulidad.