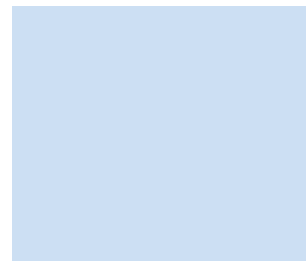


Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke
(Coordinadores)

TENDENCIAS ACTUALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LATINOAMÉRICA Y EUROPA

*Presentación de la traducción de la
Ley alemana de procedimiento administrativo*



TENDENCIAS ACTUALES DEL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
EN LATINOAMÉRICA Y EUROPA



Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke
(Coordinadores)

TENDENCIAS ACTUALES DEL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
EN LATINOAMÉRICA Y EUROPA

*Presentación de la traducción de la
Ley alemana de procedimiento administrativo*



Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa : presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo / coordinado por Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke.
- 1a ed. - Buenos Aires : Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
652 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-23-1876-9

1. Derecho Comparado. I. Aberastury, Pedro, coord.
II. Blanke, Hermann-Josef , coord.
CDD 340.2



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar



Fundación Konrad Adenauer, Oficina México
Río Guadiana N° 3 - Col. Cuauhtémoc
06500 México D.F, México
Tel.: (#52 55) 5566 4511/4599
Fax: (#52 55) 5566 4455
e-mail: christian.steiner@kas.de

1.ª edición: noviembre de 2011

© 2011 Editorial Universitaria de Buenos Aires
© 2011 Fundación Konrad Adenauer

Diseño de interior y tapa: Pablo Alessandrini & Paula Salzman

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Índice general

Palabras introductorias	11
I. TEMAS GENERALES	19
La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Margenes de discrecionalidad y de apreciación	21
<i>Por Hermann-Josef Blanke</i>	
I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN	21
II. LA CORRELACIÓN ENTRE EL DERECHO PROCEDIMENTAL Y LA ADOPCIÓN DE DECISIONES POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	24
III. LA CONCRETIZACIÓN DE LAS LEYES COMO MANDATO DEL LEGISLADOR A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	32
El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia	53
<i>Por Juan Carlos Cassagne</i>	
I. INTRODUCCIÓN	53
II. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	55
III. RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	59
IV. EL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA	65
V. UN CAMBIO PARADIGMÁTICO: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA	74
Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional	79
<i>Por Pedro Aberastury y E. Patrizia Gotschau</i>	
I. EL NUEVO CONTEXTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	79
II. EL DENOMINADO DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBALIZADO	82
III. LA APLICACIÓN DEL IUS COGENS EN EL DERECHO ARGENTINO	85
IV. EL DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	92
V. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EMERGENTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL	95
VI. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN SER RESPETADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	112
VII. CONCLUSIONES	115

Tres generaciones de procedimiento administrativo	119
<i>Por Javier Barnes</i>	
I. INTRODUCCIÓN	119
II. PROCEDIMIENTOS DE PRIMERA GENERACIÓN	128
III. SEGUNDA GENERACIÓN: NORMAS ADMINISTRATIVAS APROBADAS POR ADMINISTRACIÓN JERÁRQUICA	134
IV. TERCERA GENERACIÓN: ACTOS, NORMAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS ELABORADOS EN EL ENTORNO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GOBERNANZA	136
V. TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, TRES "TEORÍAS GENERALES"	146
 El acceso de los ciudadanos a la información pública. Del derecho individual de defensa al principio general de transparencia	165
<i>Por Tomás-Ramón Fernández</i>	
I. INTRODUCCIÓN	165
II. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE DEFENSA	166
III. LA PERSPECTIVA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA	166
IV. LA CONSAGRACIÓN FORMAL DEL DERECHO DEL LOS CIUDADANOS A LA INFORMACIÓN DE CARÁCTER PÚBLICO	170
V. MÁS ALLÁ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	176
VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	182
 La planificación de los proyectos de obras de infraestructura en el procedimiento administrativo alemán	187
<i>Por Martin Ibler y Matthias Hangst</i>	
I. INTRODUCCIÓN	187
II. LA PLANIFICACIÓN DE PROYECTOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA DENTRO DEL DERECHO DE PLANIFICACIÓN	188
III. DESARROLLO HISTÓRICO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA PLANIFICACIÓN DE UN PROYECTO DE UNA OBRA DE INFRAESTRUCTURA	193
IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE PLANIFICACIÓN DE LOS PROYECTOS DE UNA OBRA DE INFRAESTRUCTURA	197
V. EL PROCEDIMIENTO DE PLANIFICACIÓN DE PROYECTOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA	200
VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN DEL PROYECTO	208
VII. EFECTOS JURÍDICOS DE LA RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN	211
VIII. PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN	217
IX. EVALUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE PLANIFICACIÓN	226
APÉNDICE: RESÚMEN DEL PROCEDIMIENTO DE PLANIFICACIÓN DE PROYECTOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA EN LA VwVFG	228

La Ley Italiana 241/90 de Procedimiento Administrativo	231
<i>Por Diana-Urania Galetta</i>	
I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ITALIA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 241/90	231
II. FUNCIONES DEL PROCEDIMIENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 241/90	234
III. ESTRUCTURA EN ETAPAS Y PLAZO DEL PROCEDIMIENTO	240
IV. EL DERECHO DE ACCESO A LOS ACTOS EN LA LEY 241/90	258
V. LA LEY ITALIANA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, ENTRE LAS PARTICULARIDADES NACIONALES Y LA INFLUENCIA EXTRANJERA: REFLEXIONES FINALES	263
II. ANÁLISIS COMPARADO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO LATINOAMERICANO	269
El procedimiento administrativo en la argentina	271
<i>Por Julio C. Durand</i>	
I. PRECISIONES INICIALES	271
II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL	274
III. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL RÉGIMEN DE PROCEDIMIENTO REGULADO EN LA LNPA Y SU REGLAMENTO	286
IV. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	298
V. ACCESO A LA INFORMACIÓN ESTATAL Y PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	307
Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica	313
<i>Por Ricardo Perlingeiro. (Traducción: Ruth Stella Correa Palacio)</i>	
I. INTRODUCCIÓN	313
II. ALCANCE Y FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	318
III. PRINCIPIOS DE DERECHO MATERIAL	321
IV. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL	332
V. LOS DESAFÍOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO BRASILEÑO	340
VI. CONSIDERACIONES FINALES	350
Procedimiento administrativo chileno	357
<i>Por Claudio Moraga Klenner</i>	
I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VIGENTE	357
II. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	362
III. MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	378
IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	384

V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	387
VI. LA TUTELA DEL CIUDADANO FRENTE A ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COMO MEDIO DE ACCESO A LA JUSTICIA)	390

**El procedimiento administrativo colombiano como garantía
de los derechos del ciudadano 399**

Por Rocio Araujo Oñate

I. HISTORIA NORMATIVA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	399
II. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	402
III. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	415

Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Costa Rica 455

Por Ernesto Jinesta L.

INTRODUCCIÓN	455
I. FINES DEL PROCEDIMIENTO	456
II. TIPOLOGÍA LEGAL DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	456
III. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	461
IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS	472
V. INICIO DEL PROCEDIMIENTO	479
VI. MEDIDAS CAUTELARES	482
VII. ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	483
VIII. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO	484
IX. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	486
X. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS	486

Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México 489

Por Carla Huerta

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO	489
II. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	495
III. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	506
IV. LA TUTELA DEL CIUDADANO FRENTE A ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	511

**Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme
por razones de legitimidad en la Ley Federal de procedimiento
administrativo alemana y en la normativa nacional uruguaya 519**

Por Augusto Durán Martínez

Tendencias de los procedimientos administrativos en Venezuela	553
<i>Por Víctor Rafael Hernández-Mendible</i>	
I. INTRODUCCIÓN	553
II. EL RÉGIMEN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	556
III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS	568
IV. LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CAUTELARES O PROVISIONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	578
V. LAS CONSIDERACIONES FINALES	591

III. LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ALEMANA (VWVFG)

593

Ley alemana de procedimiento administrativo	595
VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ –VWVFG–	595



Palabras introductorias

I.

La codificación de las normas de procedimiento administrativo ha adquirido una importancia relevante en el desarrollo de la vida de los individuos con respecto al Estado. En Latinoamérica, este proceso se viene observando a partir de la sanción de la Ley de Procedimiento Administrativo federal en la Argentina, de 1972, que reconoce una gran influencia de la Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958.

A partir de este momento, se fueron dictando en distintos países hispanohablantes normas de procedimiento administrativo que, ya sea en forma directa o indirecta, recogen la experiencia española y argentina en tal sentido.

En todas ellas se reconoce que se ocupan principalmente del procedimiento de decisión que conduce al dictado del acto administrativo y ha permitido que la doctrina, al ocuparse de su ponderación o crítica, coadyuve en el desarrollo del derecho administrativo a través de formulaciones propias teniendo en cuenta el régimen constitucional de cada país de que se trate.

La normativa del derecho del procedimiento administrativo determina la ruta y la forma de la formación de la voluntad de la Administración a partir de la preparación y del inicio de la actuación administrativa hasta la decisión y su ejecución. La complejidad del Estado, en cuanto a la actividad que desarrolla, permite ser sistematizada a través del procedimiento administrativo. Esta sistematización, de por sí, configura un avance en el desarrollo del derecho administrativo.

Pero mas allá de cómo es tratado el procedimiento administrativo, no puede obviarse la tensión que se experimenta entre el particular y la Administración en cuanto esta última ejerce el poder. Esta concepción puede considerarse como defensiva en tanto y en cuanto al particular se le brindan las armas para oponerse a una decisión que lo afecte y se enmarca dentro del concepto amplio de Tutela Judicial efectiva que se corresponde con el Estado de Derecho. Dado que la autoridad administrativa no es una instancia independiente comparable a un tribunal, sino también parte en el procedimiento, se debe garantizar la “igualdad de armas” entre la Administración Pública y las partes. Para cumplir con la obligación de proteger los derechos de los ciudadanos el procedimiento administrativo debe garantizar sobre todo el derecho a la información. La autoridad debe brindar informaciones a las partes sobre los elementos jurídicos y fácticos del procedimiento que son relevantes para la defensa de sus posiciones constitucionalmente protegidas y darles acceso a los expedientes. Además, las decisiones que gravan al administrado deben ser fundadas para que el afectado pueda examinar la decisión y valorar las perspectivas de éxito de remedios y recursos. Por último, la Administración debe otorgar a aquellos que son potencialmente agravados por la decisión en el marco de un procedimiento la posibilidad de presentar sus puntos de vista. Sin embargo, tales derechos procedimentales no pueden sustituir completamente la necesidad de determinar el contenido de la norma de autorización por una instancia de la tutela judicial posterior; a lo mejor estos derechos procedimentales pueden complementar una tutela judicial en casos específicos. Por eso, sin una tutela judicial efectiva ninguna garantía que se reconozca en una Carta Constitucional tendrá los resguardos necesarios para asegurar su vigencia y la dignidad de la persona humana.

Asimismo, merece destacarse que una legislación dedicada al procedimiento administrativo trata de ordenar los principios generales de la materia para extenderlos a los distintos procedimientos que, por su especialidad, deben ser regulados de manera particular. De lo que se trata, entonces, es de formalizar una estructura de participación dentro del Estado mismo y exteriormente, a través de la participación del ciudadano, no solo cuando se encuentra afectado en las decisiones de la Administración sino cuando participa en los estadios de decisión a través de proyectos que tienen incidencia en la comunidad toda.

Pero este, si bien es de gran importancia, no constituye el único aspecto sobre el cual debe ocuparse la doctrina; en efecto, desde otra perspectiva, una regulación del procedimiento administrativo debe atender no solo a la defensa de los derechos de los particulares sino a que la Administración se comporte de manera eficaz, dándole a este término un sentido que abarque la resolución de las peticiones de los particulares en forma rápida y sin incurrir en dispendios innecesarios y que la gestión, para cumplimentar los intereses públicos que se encuentran a su cuidado, la realice de la mejor manera posible, evitando demoras innecesarias. Para ello es preciso que los distintos órganos de la Administración se vinculen de una manera simple, oportuna y eficaz (Artículo 10 frase 2 VwVfG), a través de normas procedimentales regulatorias que permitan lograr estos fines, siendo la manera de intercambio de información un mecanismo procedimental que cada vez más adquiere relevancia y, por supuesto, el acceso a la misma.

Por ello, el concepto procedimiento administrativo se refiere a una herramienta instrumental para encauzar la actividad de la Administración a efectos de lograr el objetivo correspondiente. Si estos procedimientos tienden al cumplimiento de diversos objetivos, que materialmente hacen a la función administrativa, es útil estudiar sus caracteres comunes y los que los diferencian de los restantes cuerpos procedimentales. Así, podrán referirse que principios serán aglutinantes y preponderantes para el cumplimiento del interés general.

Esta obra, por tanto, es la aplicación en la práctica del Derecho comparado, que permite obtener una visión de lo que ocurre en distintos países y examinar la evolución del procedimiento administrativo que se ha producido en los mismos. Para ello, se ha recurrido a la colaboración de autores, tanto europeos como latinoamericanos, que han expuesto esta evolución en sus respectivos países, el estado en que se encuentra y cuáles serán los caminos a seguir para poder concretizar un procedimiento que permita asegurar que la gestión de la Administración sea realmente la del cumplimiento de los fines públicos que le corresponden.

II.

Se complementa esta obra con la traducción de la Ley alemana de Procedimiento administrativo del 25 de mayo de 1975 (Verwaltungsverfahrensgesetz VwVfG)¹ que entró en vigor el 1º de enero de 1977. De esta manera, el lector de habla hispana podrá tener acceso a una regulación del procedimiento administrativo que recibiera un particular reconocimiento por parte de la doctrina administrativa europea, ya que fue tomada como referencia en la elaboración de diferentes leyes de procedimiento administrativo. Esta Ley de Procedimiento Administrativo se aplica –dentro de los límites de los Artículos 1 y 2 VwVfG– a las actuaciones administrativas de todas las autoridades federales y de los Länder en la medida en que ejecutan leyes federales. Solo se la aplica a los procedimientos administrativos en el sentido del Artículo 9 VwVfG, es decir a las actuaciones de las autoridades administrativas destinadas a producir efectos jurídicos externos en forma de un acto administrativo (Artículo 36 VwVfG) o un contrato administrativo (Artículos 54 ss. VwVfG).

La Ley alemana de procedimiento administrativo se caracteriza por el principio de investigación de la Administración y las obligaciones de cooperación de los administrados (1), el derecho de las partes a la audiencia al igual que el derecho del ciudadano a tener acceso a los expedientes (2), el derecho a la preservación del secreto y a la privacidad (3) y por la obligación de la Administración de asesoramiento e información (4).

1. El inicio del procedimiento es caracterizado por el principio *ex officio* (la autoridad decide de oficio sobre la iniciación de un procedimiento administrativo) y el principio de oportunidad (en estos casos la Administración tiene un margen de discrecionalidad), los cuales, sin embargo, se desplazan en parte por el principio de la disposición (el ciudadano decide a través de su propuesta sobre la iniciación de un procedimiento administrativo) y el principio de legalidad. Procedimientos que intentan la adopción de un acto administrativo de prestación se inician mediante

1. “Verwaltungsverfahrensgesetz” BGBl I 1975, 1253, última enmienda del 14 de agosto de 2009, BGBl. I 2009, 2827; traducida por los Profesores Hermann-Josef Blanke, Evelyn Patrizia Gottschau y Pedro Aberastury, con la colaboración de Konrad Scheuermann.

una propuesta del ciudadano. En los procedimientos administrativos, dirigidos a la adopción de un acto administrativo gravoso, se aplica regularmente el principio de oficio. El desarrollo de un procedimiento, una vez iniciado, está determinado por la autoridad administrativa que debe decidir sobre la continuación según el principio de oficio e identificar los hechos que determinan la decisión del asunto (el principio de investigación). De la determinación adecuada de los hechos materiales –inclusive la decisión sobre la necesidad de los medios de prueba– depende la decisión a adoptar por la autoridad. Con este respecto la autoridad está obligada a consultar y considerar todas las circunstancias que determinan el caso individual inclusive las circunstancias favorables (Artículo 24 VwVfG).

Las partes “deben” (*sollen*) cooperar en la investigación del asunto, especialmente indicar los hechos y los medios de prueba (Artículo 26.2 VwVfG). Esta disposición no crea obligaciones en forma de una conducta exigible para la parte de un procedimiento administrativo, sino que debe aceptar los inconvenientes que surgen cuando no cumple con su deber de cooperar. Sin perjuicio de otra normativa, la Ley de Procedimiento Administrativo no reconoce, sin embargo, una “obligación adicional” del ciudadano en el sentido de comparecer personalmente o testificar. Obligaciones reales y ejecutables de este tipo existen, en cambio, en la normativa fiscal así como en otras leyes especiales.

2. El derecho del administrado a la audiencia significa que la decisión debe basarse únicamente en las circunstancias a las que las partes podrían alegar antes del dictado de un acto administrativo. Es suficiente que tenían la posibilidad de “expresarse sobre los hechos pertinentes de la decisión” (Artículo 28 VwVfG). Esta disposición se aplica solo, por un lado, a actos administrativos que “intervienen” en los derechos de las partes, y, por el otro, a hechos relevantes para decidir sobre el asunto. Otras limitaciones resultan de que el Artículo 28.2 VwVfG prevé una renuncia a una audiencia “cuando según las circunstancias del caso particular no aparece como necesaria” y el Artículo 28.3 VwVfG dispensa de esta obligación “si un motivo imperativo de interés público se opone a ello”. Si añadimos a estas excepciones que la falta de una audiencia en el procedimiento sigue siendo en gran medida sin consecuencias ya que aún puede quedar recuperada a continuación en el procedimiento administrativo previo y en el proceso judicial (Artículos 45, 46 VwVfG), se muestra que el dere-

cho a la audiencia ha sido reconocido sólo incompletamente en la Ley alemana de procedimiento administrativo. Por lo tanto, es imprescindible interpretar esta obligación en conformidad con las garantías de la Constitución aplicándola a todos los actos administrativos onerosos y de aplicar las excepciones de los Apartados 2 y 3 del Artículo 28 VwVfG. de forma restringida.

Las partes en el procedimiento administrativo tienen derecho a examinar los expedientes correspondientes en la medida en que el conocimiento para establecer o defender sus intereses jurídicos lo requiere (Artículo 29 VwVfG). La legislación alemana es tradicionalmente dominada por el principio de la publicidad restringida de los expedientes y hasta ahora –a diferencia de otros Estados– se revela como muy reservada. Una ampliación significativa de los derechos a la información de los ciudadanos implican la Ley Federal de Información Ambiental del 22 de diciembre de 2004 (Artículo 3: derecho al acceso libre a informaciones ambientales)² y la Ley de Libertad de Información del 5 de Septiembre 2005 que otorga al ciudadano un derecho incondicional del acceso a la información oficial ante las autoridades federales (Artículo 1).³ El ejercicio de estos derechos está garantizado sin que el ciudadano deba alegar un específico interés jurídico o legal.

3. Las partes de un procedimiento administrativo tienen derecho a la protección de sus secretos, “en particular aquellos que entran dentro de la esfera de su vida privada como también los secretos de sus asuntos empresariales y comerciales no sean divulgados por la autoridad administrativa sin su autorización” (Artículo 30 VwVfG). Disposiciones especiales se encuentran en la normativa sobre la privacidad al igual que en la normativa fiscal, social, de los funcionarios y –para la protección de secretos comerciales y empresariales– en el derecho administrativo económico. Esta protección se termina cuando la autoridad está autorizada por el afectado o mediante ley a revelar el secreto; sin embargo, no es suficiente la mera referencia al interés público.

2. BGBl. I 2004, 3704.

3. BGBl. I 2005, 2722.

4. El Artículo 25 VwVfG regula el derecho de las partes al “asesoramiento” y a la “información”. Según esta disposición la autoridad administrativa “debe fomentar la presentación de declaraciones, la formulación de solicitudes o la rectificación de declaraciones o solicitudes que han sido omitidas evidentemente por inadvertencia o ignorancia o realizadas o formuladas incorrectamente”. Además la autoridad competente debe, como la ley alemana ha formulado retentivamente, “(brindar) información sobre los derechos y deberes que tienen las partes en el procedimiento administrativo”.

Se puede considerar la Ley alemana de procedimiento administrativo como modelo, en tanto ha incorporado regulaciones de actualidad tales como la referida a comunicaciones electrónicas y la denominada “ventanilla única”, con un deber conjunto de información al particular, lo cual permite simplificar y direccionar las diferentes peticiones de los particulares de la Unión Europea (Artículo 71^a-71e VwVfG). Por otra parte, otro instituto que merece comentario es el que se ocupa del procedimiento de control de proyectos, que pueden afectar al medio ambiente a un grupo de personas (Artículos 72-78 VwVfG); se encuentra claramente elaborado para asegurar no solo la transparencia sino la agilidad en su tratamiento.

Todo ello sin descuidar los principios que considera esenciales al actuar de la Administración y efectuando una conceptualización del acto administrativo que permite visualizar cuál es su alcance. Asimismo, también se ocupa y regula detalladamente el deber de colaboración entre las oficinas administrativas a través del denominado deber de auxilio administrativo, tanto en relación a las de Alemania como también cuando se trata de colaboración de entes de la Unión Europea (Artículos 4-8, 8^a-8e VwVfG). Por último, privilegia la oralidad (Artículo 67 VwVfG) de tal manera que pueda el particular exponer sus peticiones en forma llana.

Consideramos, en consecuencia, que la traducción de la VwVfG será de utilidad no solo para los estudiosos del derecho administrativo de habla hispana sino también como un modelo a tener en cuenta en caso que se decida modernizar las leyes que regulan al procedimiento administrativo. Una codificación de los principios y reglas que rigen el procedimiento administrativo, tan como nos enfrentamos en el modelo alemán de la Ley del Procedimiento administrativo, conduce a un aumento de la seguridad jurídica y garantiza y aumenta la efectividad de la actividad del

Estado: una codificación asegura la eficiencia de las actuaciones administrativas y descarga a los tribunales de la obligación de crear o concretar los principios y reglas correspondientes en vía jurisdiccional.

III.

Los coordinadores agradecen a los autores que han participado en esta obra pues la exposición que han hecho de los distintos tópicos permiten tener no solo una visión de lo que sucede en cada uno de los países a los cuales pertenecen sino también un estado actual de la evolución de esta materia.

Debemos también agradecer, de manera muy especial a la Fundación Konrad Adenauer, en particular al Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, por el apoyo que hemos recibido para publicar esta obra que completa la publicación efectuada en 2009, de la Ley de la Justicia Administrativa Alemana –Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO.⁴

Buenos Aires, junio de 2011

Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke

4. Ley de la Justicia Administrativa Alemana, Pedro Aberastury (coordinador), ed. Abeledo Perrot-Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2009, a la cual se puede acceder en: <http://www.kas.de/uruguay/es/publications/18233/>

I.

Temas generales



La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo*

Margenes de discrecionalidad y de apreciación

Por *Hermann-Josef Blanke***

I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

“La responsabilidad y el control constituyen dos elementos esenciales de todo orden constitucional democrático.”¹ Esta evaluación de los mecanismos de control del Estado moderno se refiere directamente a la separación de poderes, la cual, según la doctrina constitucional europeo-atlántica, ejerce una función de “check and balances”. El sistema de interacción entre los distintos órganos controladores del poder público – es decir el poder ejecutivo, legislativo, judicial y también dentro de la propia Administración– radica, según la actual opinión mayoritaria, en la jurisdicción contencioso-administrativa como “epicentro”. Por consiguiente, los tribunales, ateniéndose al principio de la separación de poderes regulado en el artículo 20, apartados 2 y 3 de la Ley Fundamental (Grundgesetz - LF) y a las normas de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (“Verwaltungsgerichtsordnung” - VwGO - Artículos 42,

* Agradezco a mi colaborador Maximilian Geppert que ha asistido a la traducción de la contribución.

** *Hermann-Josef Blanke*, Catedrático de Derecho Público y de Derecho Internacional Público de la Universidad de Erfurt (RFA); desde 2009 administra por encargo del *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD) y en cooperación con cuatro universidades latinoamericanas el programa académico “Estado de Derecho: Derecho administrativo y justicia administrativa en América Latina”.

1. SCHEUNER, Ulrich, “Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung”, en: RITTERSPACH, Theo - GEIGER, Willi (coord.), *Festschrift für Gebhard Müller*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1970, p. 379 (384).

68 ss., 74, 113, 167), se limitan meramente a controlar y revisar la actuación de la Administración como reacción a una demanda concreta de tutela judicial.

La Administración Pública, en cambio, desempeña una función exclusiva en la ejecución de las leyes, siempre teniendo en cuenta el interés común. En el ejercicio de esta función está sometida al derecho y a la ley (Artículo 20 Apart. 3 LF). Este sometimiento actúa como un mecanismo central que asegura que la voluntad del pueblo, representada en los órganos legislativos, sea ejecutada mediante el cumplimiento de la ley.² El principio de la legalidad se sirve de dos mecanismos complementarios frente al poder ejecutivo para garantizar el imperio de la ley: por una parte la primacía y por otra parte la reserva de la ley, es decir, la prohibición de actuar en contra de la ley o sin ella.³

En la ejecución las leyes, la Administración debe buscar un equilibrio entre el interés común y el particular.⁴ La función de “conciliación de intereses mediante el derecho”⁵ es complementada por la obligación de aplicar la ley según el principio de igualdad.⁶ El mandato ejecutivo, dirigido a la aplicación de la ley, y el mandato protectivo, dirigido a la protección del derecho, caracterizan a su vez la función del procedimiento administrativo, el cual actúa como medio de la Administración para cumplir estos dos importantes cometidos. El mandato concretizador de la Administración –mucho menos dependiente del procedimiento– asigna a la

2. MERKL, Adolf, *Demokratie und Verwaltung*, M. Perles, Wien/Leipzig, 1923; KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlin, 1925, p. 361 ss., 366 ss..

3. JESTAEDT, Matthias, “Maßstäbe des Verwaltungshandelns”, en: ERICHSEN, Hans-Uwe – EHLERS, Dirk (coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14ª ed., Berlin, 2010, § 11 nota 5.

4. Compárese con la parte general de la exposición de motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo, entrada en vigor el día 1 de enero de 1977: BT Drs. 7/910, p. 29; SCHNEIDER, Jens-Peter, “Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren”, en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=AßMANN - VORÛHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 28 nota 3.

5. SCHOCH, Friedrich, “Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht”, *Die Verwaltung* vol. 25 (1992), p. 21 (25 ss.).

6. BONK, Heinz J. - SCHMITZ, Heribert en: STELKENS - BONK. - SACHS (coord.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 8ª ed., 2011, § 1 nota 65.

Administración Pública un margen de decisión para la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados al igual que para tomar decisiones dentro del poder discrecional (técnico).

Sin duda alguna existen muchas correlaciones entre el procedimiento administrativo y el judicial. Sin embargo, el procedimiento establecido en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes - VwVfG), que dirige la obligación primaria de la Administración de aplicar la ley, no es meramente un “procedimiento previo” o una condición de admisibilidad para el control judicial.⁷ Los procedimientos administrativos cualificados descargan la protección judicial, pero no pueden sustituir la tutela judicial en el ámbito de la protección de derechos individuales debido a la decisión constitucional para una tutela judicial efectiva (Artículo 19.4 LF).⁸ La tutela judicial tiene más bien como fin un control posterior de la actuación de la autoridad administrativa.⁹ La relación funcional entre el procedimiento administrativo y el judicial exige que, en la concretización y aplicación práctica del derecho procedimental, *un* procedimiento no imposibilite o haga significativamente más difícil el mandato específico del otro.

Especialmente el concepto de la tutela judicial produce un efecto previo para el procedimiento administrativo. Al revés, un procedimiento judicial no puede ser desarrollado de tal manera que un procedimiento administrativo anterior pierda su cualidad de procedimiento independiente. Sobre todo la idea del mantenimiento de las funciones del procedimiento administrativo ya tiene efectos anticipados en relación con el procedimiento judicial. Un control demasiado intenso en la aplicación del derecho administrativo material –en particular en el ámbito administrativo de los márgenes de decisión– puede minimizar el valor del procedimiento adminis-

7. Compárese con SCHMIDT-ARMANN, Eberhard, “Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht” en: HOFFMANN-RIEM - SCHMIDT-ARMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 27 nota 68.

8. “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios...”.

9. KOPP, Ferdinand O. - RAMSAUER, Ulrich, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, München, 11ª ed., 2010, Introducción I, nota 41.

trativo y llevar a la pérdida de su efectividad. Por lo tanto, ambos tipos de procedimiento tienen en común una “obligación recíproca de respetarse institucionalmente” (“institutionelles Rücksichtnahmegebot”).¹⁰

II. LA CORRELACIÓN ENTRE EL DERECHO PROCEDIMENTAL Y LA ADOPCIÓN DE DECISIONES POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Con el fin de procesar informaciones, impulsar procesos comunicativos jurídicamente relevantes entre numerosos actores dentro y fuera de la Administración y formular decisiones,¹¹ las leyes procedimentales administrativas de la Federación y –las leyes casi idénticas– de los Länder, en su función de codificaciones parciales del derecho o de procedimiento administrativo, cimentan las disposiciones generales sobre los principios procedimentales (2ª parte de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo), las normas sobre el acto administrativo –especialmente su firmeza– y sobre el contrato de derecho público. También fijan normas sobre procedimientos especiales (5ª parte), particularmente el procedimiento del control de un proyecto (5ª parte, 2ª sección). En el marco de la directiva de servicios de la Unión Europea¹² queda reglada la transposición de la ventanilla única (5ª parte, 1ª sección 1 a), la cual tiene la función de “guiar” al solicitante –el prestador de servicios– en su relación con los procedimientos administrativos de aprobación, sin tener una capacidad de decisión.

El procedimiento administrativo no tiene en absoluto como fin la ejecución de estándares formales que el legislador hubiera establecido solo por la Administración; esto significa que el procedimiento administrativo no tiene su finalidad en sí. Entre las funciones que cumple y los fines que

10. Compárese con SCHMIDT-ARMANN, Eberhard - “Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht” en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=ARMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 27 nota 68.

11. Compárese las funciones del procedimiento administrativo con SCHNEIDER, Jens-Peter, “Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren” en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=ARMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 28 nota 4 ss.

12 Directiva 123/2006/CE del 12.12.2006, BOUE 2006 L 376/36.

persigue ha de destacarse ante todo la protección del derecho material.¹³ La concretización jurídica del procedimiento administrativo –su formalización– sirve para la concretización del derecho administrativo material objetivo con respecto a su aplicación en el caso particular.

1. El impacto del derecho de procedimiento administrativo en la fase de concretización administrativa

En cuanto la Administración no ejecuta exclusivamente programas legislativos precisos, sino debe concretizar e individualizar los márgenes de decisión abiertos por la ley el procedimiento administrativo se convierte en un “modo de realización” del derecho administrativo,¹⁴ en un factor condicionante de lo “justo”¹⁵ y en un “medio”¹⁶ relevante para la concretización del derecho administrativo material que así determina la decisión. Por lo tanto, el “derecho” no existe de por sí, sino que muchas veces surge durante y por medio del procedimiento administrativo jus-

13. BONK, Heinz J. - SCHMITZ, Heribert en: STELKEN, - BONK. - SACHS (coord.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8ª ed., C.H. Beck, München, 2011, § 1 nota 4.

14. Para más informaciones sobre este concepto, véanse las aportaciones con motivo de la reunión de la asociación de los iuspublicistas alemanes en Konstanz en el año 1982, en especial: WAHL, Rainer, “Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag”, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, vol. 41, De Gruyter, Berlin, 1983, p. 151 (153 ss.); publicaciones más recientes: SCHMIDT=AßMANN, Eberhard, “Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht” en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=AßMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 27 nota 65; SCHNEIDER, Jens-Peter - “Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren”, en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=AßMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 28 nota 1.

15. STEINBERG, Rudolf, “Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag”, *Die Öffentliche Verwaltung* 1982, p. 619 (620); SCHOCH, Friedrich, “Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht”, *Die Verwaltung* vol. 25 (1992), p. 21 (25).

16. JOCHUM, Heike, *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozeßrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, p. 82.

to.¹⁷ Ésto se debe a que el modo y la medida del concreto sometimiento de la Administración a la ley son determinados por la función, la estructura y la densidad reguladora de la ley en sí. Cuanto más bajo sea el grado de concretización y vinculación del derecho administrativo material definido por el legislador parlamentario, más alta será la dependencia procedimental del mismo. Ésto es el caso en el derecho técnico, regulador y planificador, el cual abre un margen discrecional considerable para la Administración, al igual que en aquellos ámbitos en los cuales la Administración dispone de “derechos propios” a través de la asignación legal de un poder de apreciación para concretizar estos márgenes de decisión.

Por otro lado, la dependencia de la decisión del procedimiento decrece a medida que aumente la intensidad de la capacidad de dirección del derecho administrativo material.¹⁸ De este modo, programas normativos estrictamente condicionales precisan frecuentemente una mera aplicación mediante la técnica de subsunción. Sin embargo, los programas direccionales del derecho administrativo material que estén más orientados a una finalidad específica, dejando así un margen de actuación y de decisión al Poder ejecutivo, precisan una creación jurídica concretizadora por la Administración Pública que corresponda a su margen de decisión. Sin embargo, esta creación jurídica concretizadora de la Administración a su vez debe ser flanqueada más intensamente por la normativa del derecho procedimental,¹⁹ que ha de cumplir con la “garantía de veracidad”, especialmente mediante la investigación precisa e imparcial de los hechos relevantes, la garantía del derecho de ser oído, la obligación de la Administración de fundamentar y motivar sus decisiones y, no en último término, de respetar el principio de la proporcionalidad.

17. HUFEN, Friedhelm, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 30 s.

18. Véase: HOFFMAN=RIEM, Eberhard - *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, en: HOFFMAN=RIEM - Schmidt=Aßmann - Voßkuhle (coord.), - *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetze*, C.H. Beck, München, 2009, p. 9 (26 ss.).

19. JOCHUM, Heike, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, p. 84.

2. El impacto del principio de proporcionalidad y de la idea de la oportunidad administrativa

Aún cuando la Administración persigue fines que ella misma elige en el marco de su poder directivo de integrar la normativa, no deja de tener que justificarse ante la proporcionalidad en cuanto a su elección de medios.²⁰ Este respeto del principio de proporcionalidad, requerido por el derecho constitucional, ha sido designado desde el punto de vista de la estructura normativa como un “caso especial de la idea general de la oportunidad” (Zweckmäßigkeit).²¹ La oportunidad puede definirse como razonabilidad, que, desde el punto de vista del aplicador de normas –en este caso la Administración– ya no es predeterminado por el derecho que lo vincula, es decir por un factor heterónomo, sino un factor al que se somete dentro del margen legal existente.²² La consideración de estos requerimientos procedimentales que actúan como “garantías de calidad” en cuanto a la decisión a tomar está sometida al control judicial.²³

3. La aplicabilidad de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo según las formas de actuación de la Administración Pública

Debido a su funcionamiento particular en el sistema del derecho administrativo, las formas de actuación formalizadas y establecidas por el procedimiento administrativo han de facilitarle al Poder ejecutivo la ubi-

20. Véase BLANKE, Hermann-Josef, “El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2008, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 55 ss.

21. Véase JESTAEDT, Matthias - “Maßstäbe des Verwaltungshandelns” en: ERICHSEN, Hans-Uwe - EHLERS, Dirk (coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14ª ed., Berlin, 2010, § 10 nota 4, con referencia a ACHTERBERG, Norbert, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1986, § 19 nota 18.

22. Véase JESTAEDT, Matthias - “Maßstäbe des Verwaltungshandelns” en: ERICHSEN, Hans-Uwe - EHLERS, Dirk (coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14ª ed., Berlin, 2010, § 11 nota 2.

23. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang - “Eigenständigkeit der Verwaltung” en: HOFFMANN-RIEM – SCHMIDT-ARMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo I, C.H. Beck, München, 2006, § 10 nota 100.

cación de soluciones concretas en el caso particular.²⁴ El Artículo 9 VwVfG le asigna solo dos “formas de actuación” administrativa a las autoridades administrativas cuando éstas actúen con efecto externo —el acto administrativo y el contrato del derecho público—, lo cual ya ha sido calificado de punto débil de la Ley de Procedimiento Administrativo.²⁵ En vista del Artículo 9 VwVfG, el Artículo 10 VwVfG sobre el informalismo del procedimiento administrativo dispone que la Administración Pública alemana desempeña su función por medio del procedimiento informal; esto sin embargo no justifica una organización del procedimiento administrativo que sea libre de la vinculación a las leyes. Esto significa que, con respecto a otras “formas de actuación” de la Administración, como por ejemplo medidas de investigación, recomendaciones (de productos) o avisos para los consumidores,²⁶ a priori no se puede aplicar la Ley de Procedimiento Administrativo. Esto implicaría que esas actuaciones podrían evadirse de los vínculos tradicionales del Estado de Derecho.

Sin embargo, la jurisprudencia alemana ha reconocido con respecto a estas emanaciones administrativas la aplicabilidad de los derechos fundamentales como parámetros, especialmente del derecho de libertad de profesión (Artículo 12 LF); su ámbito de protección no se ve afectado, sin embargo, si las autoridades responsables diseminan informaciones verdaderas que tienen como único fin informar y no intentan ejercer un impacto social.²⁷ De todos modos, la literatura ya defiende un concepto más amplio del procedimiento que integre en el ámbito de aplicación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo no solo los procedimientos

24. SCHMIDT-ARMANN, Eberhard, “Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns”, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1989, p. 533 ss.

25. SCHOCH, Friedrich, “Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht”, *Die Verwaltung* vol. 25 (1992), p. 21 (50).

26. Algunos autores consideran que estas formas de información pública no son meras acciones administrativas, sino que son una forma de actuación administrativa propia véase p. ej. BUMKE, Christian - “Publikumsinformation”, *Die Verwaltung*, vol. 37 (2004), p. 3 (33).

27. Véase BVerfGE (colección oficial de las decisiones del Tribunal Federal Constitucional alemán) 105, 252 (265, 268) - Glykolentscheidung; REMMERT, Barbara - “Schlichtes Verwaltungshandeln - Einzelfälle”, en: ERICHSEN, Hans-Uwe - EHLERS, Dirk (coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14ª ed., Berlin, 2005, § 36 nota 2.

La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, ...

“estándar” –es decir el acto administrativo y el contrato de derecho público– sino también todas las formas de “procedimientos con motivo de una regulación administrativa” (anlassbezogene Verfahren) –por ejemplo procedimientos administrativos para la creación de decretos, estatutos y preceptos administrativos, la preparación de planes y los procedimientos administrativos de derecho privado (procesos de licitación y de contratación) y de “procedimientos sin motivo de una regulación administrativa” (anlassunabhängige Verfahren)– particularmente relaciones de comunicación y de información.²⁸ Con la inclusión de estos procedimientos no regulados en la Ley de Procedimiento Administrativo, se los regularizaría en el sentido del concepto “supralegal” del procedimiento administrativo.

4. Los fines del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo funciona como la “conmutación” necesaria para la realidad social que está “regulada” en el derecho administrativo material. Ha de destacarse la, a veces, mera función sirviente e instrumental de la normativa procedimental para lograr una decisión administrativa jurídicamente razonable. Esta función tiene una relevancia significativa en el derecho administrativo procedimental alemán por ejemplo en cuestiones sobre la ilegalidad de actos administrativos dictados con vicios (Artículos 45 y 46 VwVfG sobre el saneamiento de vicios del procedimiento y de forma). Por lo tanto, para decidir si un acto administrativo regulado por la ley²⁹ se basa en esa lesión, hay que saber si el vicio influyó en el contenido de éste. Las condiciones de esta comprobación de causalidad ya se encuentran cumplidas cuando existe una posibilidad de impacto, es decir, cuando no se puede excluir que la autoridad administrativa responsable hubiese llegado a otra conclusión de no haber existido el vicio en

28. Compárese con SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, “Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht”, en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=AßMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 27 nota 47 ss.

29. SCHOCH, Friedrich, “Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht”, *Die Verwaltung*, vol 25 (1992), p. 21 (46).

cuestión.³⁰ Allá donde las leyes abren significativos márgenes de apreciación y de decisión en favor de la Administración, ya no se puede hablar de una función meramente sirviente del procedimiento administrativo.³¹

En el Estado de Derecho democrático y social (Artículo 20.1 y 3 LF, Artículo 28.1 1 LF), el procedimiento administrativo –aparte de la, a veces, sola aparente eficiencia procedimental– debe asegurar sobre todo el respeto de los derechos individuales del ciudadano a la hora de la salvaguardia y del ejercicio de estos derechos y de los intereses legítimos al igual que la “legitimación” de la actuación administrativa a través de este mismo procedimiento;³² por lo tanto tiene que facilitar la aceptación del actuar administrativo a ojos del ciudadano. Se denominan “derechos” a todos aquellos derechos públicos subjetivos, sean materiales o formales, inclusive los intereses protegidos por ley que le sean atribuidos al ciudadano por el ordenamiento jurídico. Los derechos subjetivos³³ pueden referirse al derecho a una actuación de la Administración –por ejemplo al dictar un acto administrativo– o al derecho negativo de defensa de una actuación administrativa –por ejemplo la anulación de un acto administrativo.

El Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) ha insistido en repetidas ocasiones en que el derecho procedimental (admi-

30. SACHS, Michael en: STELKENS - BONK - SACHS (coord.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8ª edición, C.H. Beck, München, 2011, § 45 Rn. 10 s., 123 s.; PÜNDER, Hermann, “Verwaltungsverfahren”, en: ERICHSEN, Hans-Uwe - EHLERS, Dirk (coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14ª ed., Berlin, 2005, § 13 nota 57.

31. Compárese con SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, “Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht”, en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=AßMANN - VOßKUHLE (coord.) - *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 27 nota 65.

32. WÜRTENBERGER, Thomas, “Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren”, NJW 1991, 257 (261); BULLINGER, Martin, “Verwaltung im Rhythmus von Wirtschaft und Gesellschaft”, JZ 1991, 53 (58). “Verwaltungsverfahren” en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=AßMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 28 nota 1.

33. Para más informaciones sobre el derecho subjetivo en el ordenamiento alemán, véase: BLANKE, Hermann-Josef, “La legitimación procesal - ilustrado en el derecho alemán y comparado del medio ambiente” en: ABERASTURY, Pedro (coord.), *Ley de Justicia administrativa alemana*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 21 (22 ss.).

nistrativo) está ligado a los derechos fundamentales materiales.³⁴ Esta jurisprudencia constitucional ha destacado, en particular, la necesidad de aplicar el derecho procedimental en conformidad con los derechos fundamentales.³⁵ Por eso aquí no se trata de la protección de derechos fundamentales *en contra* el Estado, sino *mediante* el Estado.³⁶ Se debe, sin embargo, diferenciar entre este derecho a la realización de los derechos fundamentales a través del procedimiento, por un lado, y, por otro, el recurso *directo* a los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo. La primacía de aplicación del derecho ordinario exige que los derechos subjetivos públicos deban ser derivados de la norma correspondiente del derecho ordinario. Esto tiene como consecuencia que, en el marco de la Administración sometida a la ley, habitualmente no es necesario ni está permitido recurrir a los derechos fundamentales.

La organización del procedimiento administrativo según los principios del Estado de Derecho debe asegurar que el derecho material, el cual protege las posiciones legales del individuo y de la comunidad, ocasionalmente en ponderación con los intereses de terceros, sea aplicado de manera materialmente correcta y oportuna. De ser posible, el procedimiento administrativo garantiza la veracidad jurídica, desempeña una función concretizadora y cumple con funciones de la protección jurídica con respecto a la realización de los derechos individuales, pero siempre sin asumir el papel de los tribunales.

La garantía de la tutela judicial efectiva del Artículo 19.4 LF (Rechtsschutzgarantie) exige que, en la organización del procedimiento administrativo previo al procedimiento judicial, no se impida u obstaculice inaceptablemente la tutela judicial. La función de la protección judicial del procedimiento administrativo decrece del mismo modo en que aumenta el papel del procedimiento judicial en la decisión sobre la aplicación del derecho administrativo material (Artículo 113 VwGO).³⁷ Sin

34. Véase BVerfGE 52, p. 380 (389 s.).

35. BVerfGE 49, p. 228 (235) - opinión contraria (Sondervotum) Dr. Böhmer.

36. STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, Beck, München, 1988, p. 976, 966.

37. BVerfG 69, 1; BONK, Heinz J. - SCHMITZ, Heribert (coord.), en: STELKENS - BONK - SACHS (coord.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8ª ed., 2011, § 1 nota 63.

embargo, los tribunales, a los cuales recurren los ciudadanos contra las decisiones de la Administración, suelen entrar en acción solo *tras* la conclusión del procedimiento administrativo, es decir, después de que la autoridad administrativa haya actuado como Poder ejecutivo con competencia y responsabilidad propia.³⁸

III. LA CONCRETIZACIÓN DE LAS LEYES COMO MANDATO DEL LEGISLADOR A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El procedimiento administrativo es una condición necesaria, pero no suficiente, para llegar a una decisión administrativa correcta. Dado que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados no se puede simplemente “ubicar” una solución ya preexistente y predeterminada desde el inicio, la Administración ha de “generarla” por vía procedimental, por lo que la Administración cumple una función de concretización. Tal acto, de “agregar un elemento normativo de modo productivo a la hora de la aplicación de la ley”,³⁹ se da en el caso de la concretización de márgenes discrecionales al igual que de márgenes de evaluación, de apreciación y de “de prognosis” (las “autorizaciones de apreciación”), por ejemplo en el contexto de normas técnicas. Estas son las emanaciones más frecuentes de un derecho propio y de control independiente de la Administración que está caracterizado por los elementos de “creación” y de “desarrollo” y que está denominado el poder directivo de la Administración Pública.⁴⁰

Según la opinión ya mayoritaria de la doctrina alemana, estos márgenes que abren varias opciones a la hora de la decisión de la Administración no se plantean solo en las consecuencias jurídicas (*Rechtsfolgenseite*),

38. Véase con respecto al derecho administrativo económico KOPP, Ferdinand, “Über die Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Rechtskontrolle im Wirtschaftsrecht”, *Wirtschaft und Verwaltung*, 1983, S. 1 (12 f.).

39. JESTAEDT, Matthias, “Maßstäbe des Verwaltungshandelns”, en: ERICHSEN, Hans-Uwe - EHLERS, Dirk (coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14ª ed., Berlin, 2010, § 11 nota 9.

40. Véase KELSEN, Hans - *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1ª ed., 1911, p. 504 ss. (505/507).

sino también en el tipo legal (Tatbestandsseite).⁴¹ Los márgenes discrecionales al igual que los márgenes de apreciación hacen evidente el modelo básico que abre un margen de decisión en favor de la Administración, la cual mediante las leyes formales se encuentra llamada en calidad de Poder ejecutivo a ejercer un poder directivo independiente y a tomar a la vez la decisión definitiva. El sentido y la función de este poder de la última palabra consiste en poder evadir el control de la actuación administrativa por la justicia administrativa.

El debate sobre los márgenes discrecionales al igual que los márgenes de apreciación que continúa en la doctrina alemana y austríaca hasta hoy en día remonta a la creación del Tribunal Administrativo de Austria en 1875. Su jurisdicción con respecto al control de las decisiones administrativas se definió en gran medida por una cláusula general la cual exceptuó los casos en que las autoridades administrativas tenían la competencia de decidir dentro de un margen discrecional. Este poder discrecional marca en la familia jurídica alemana desde entonces el límite entre la actividad de la Administración y el control por el poder judicial.⁴²

Ahora bien, esta exención del control judicial se refiere solamente a aquellos aspectos de la decisión de la Administración que concretizan un margen de discreción y de decisión, es decir, en los actos de “valoración, ponderación y equilibración”.⁴³ La licitud de la decisión administrativa según los parámetros legales –especialmente la observación de la ley de autorización y la fijación de los hechos relevantes para la decisión al igual que la motivación de la decisión ponderada– están sometidas amplia y completamente al control judicial. Debido a la reserva de ley la Administración –según la llamada doctrina de autorización normativa (normative Ermächtigungslehre)– ha de someterse a la norma legal pertinente, es decir a la normativa especial que regula el asunto, para poder ejercer su com-

41. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang - “Eigenständigkeit der Verwaltung”, en: HOFFMANN-RIEM - SCHMIDT-ARMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo I, C.H. Beck, München, 2006, § 10 nota 91.

42. Véase SCHINDLER, Benjamin, *Verwaltungsermessen - Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Dike Verlag, Zürich, 2010, p. 11 ss.

43. GERHARDT, Michael, en: SCHOCH - SCHMIDT-ARMANN - PIETZNER (coord.), *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, C.H. Beck, München 5/2010, Vorb § 113 nota 20.

petencia administrativa y para concretar las normas legales en casos concretos e individuales.⁴⁴

Ésto también es válido para la asignación de poderes discrecionales y de apreciación; el poder discrecional se encuentra establecido en el enunciado de la norma (“puede”, “debe” etc.), pero también puede derivarse de la interpretación de la norma, al igual que el poder de apreciación que resulta sea explícitamente del texto o sea de una interpretación de la norma. Tales autorizaciones a la Administración para tomar la decisión definitiva son casos excepcionales en el orden jurídico alemán, un fenómeno que según la opinión mayoritaria resulta de la garantía de la tutela judicial efectiva establecida en el Artículo 19.4 LF,⁴⁵ según la opinión divergente de la necesidad de una protección de los derechos subjetivos mediante el procedimiento administrativo en conformidad con las garantías de los derechos fundamentales materiales.⁴⁶

1. El poder de apreciación

El poder de apreciación es la facultad de la Administración para tener la última palabra en la concretización de uno o más hechos del tipo legal de la autorización administrativa, en particular de los conceptos jurídicos indeterminados. El reconocimiento de estos márgenes de decisión en favor de la Administración Pública resulta de que la aplicación administrativa de estos conceptos jurídicos indeterminados, por el grado alto de complejidad o/y la dinámica de la materia y por la incertidumbre de la situación lo sea demasiado indefinida y por lo tanto demasiado difícil para

44. BVerwGE (colección de las decisiones del Tribunal Federal Administrativo alemán) 62, p. 86 (98).

45. Véase para el margen de apreciación: MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17ª ed., Beck, München 2009, § 7 nota 34 y 56; SCHULZE-FIELITZ, Helmut, en: DREIER, Horst (coord.), *Grundgesetz, Kommentar*, tom. 1, 2ª ed., 2004, Art. 19.4 notas 117 ss. (127, 128).

46. Véase para el margen de apreciación: MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17ª ed., Beck, München 2009, § 7 nota 34 y 56; SCHULZE-FIELITZ, Helmut, en: DREIER, Horst (coord.), *Grundgesetz, Kommentar*, tom. 1, 2ª ed., 2004, Art. 19.4 notas 117 ss. (127, 128).

ser judicialmente controlable y así se toparía con los límites funcionales de la jurisdicción. Como consecuencia ha de atribuir –excepcionalmente y sin que se lesionen los principios del Estado de Derecho– a la Administración Pública que aplica la normativa un poder limitado de decisión propia.⁴⁷

En la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana, este margen de apreciación y valorización se encuentra reconocido cuando se trate de la evaluación de asuntos que se ocurran en el futuro (decisiones “de prognosis”), o cuando se trate de asuntos que incluyan una valorización.⁴⁸ Prueba de estos conceptos indeterminados es la codificación de “los intereses de la República Federal de Alemania” en el marco de la Ley alemana sobre Estancia (Artículo 1.1, Artículo 5.1 no. 3 etc. Aufenthaltsgesetz). Otro ejemplo forman los parámetros que las agencias alemanas (ACQUIN y otras) aplican con motivo de la evaluación de los cursos B.A. y M.A. de las universidades alemanas dentro del “proceso europeo de reforma de Bologna”. En el nivel de reglamentos no legislativos aquí rigen frecuentemente conceptos indeterminados como por ejemplo la consistencia del concepto de estudio, un diseño curricular adecuado, incluyendo un plan y una organización adecuada de las pruebas al igual que los objetivos del curso para la cualificación de los estudiantes.⁴⁹

Cabe destacar que en otras jurisdicciones –incluso en los países de habla alemana– la distinción entre poder discrecional y poder de apreciación no permite ser considerado como muy convincente. Así en Suiza se ha señalado que los términos de “margen de discrecionalidad (técnica)” y “margen de apreciación” se han convertido en “conceptos intercambiables para denotar un actuar administrativo”. Además, según esta opinión, un vistazo en el taller del legislador ya pone de manifiesto que el otorgamiento de los márgenes de concreción administrativa con relación a las consecuencias legales, por un lado, y en el contexto de los hechos que determinan el tipo legal de una norma, por otro, acaba en “coincidencias lingüísticas” y no corresponde a “un plan específico”. La dicotomía entre

47. Véase BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, 2005.

48. BVerfGE 39, p. 334 (353 s.).

49. Véase BLANKE, Hermann-Josef, “Rechtsschutz im Akkreditierungsverfahren”, en Benz - Kohler - Landfried (coord.), *Handbuch Qualität in Studium und Lehre*, Raabe Verlag, Berlin, 2011, F 6.1.

el poder de apreciación y poder de dscreción crea, según estas voces, una «precisión ficticia» y no tiene ninguna relevancia para la práctica. Acaba la crítica que esta distinción ha tergiversado el debate sobre el concepto del poder discrecional detrmidado inicialmente por un criterio uniforme y que ha bloqueado el análisis del núcleo del problema, a saber, la cuestión de quién debe tener la responsabilidad para la concreción de las normas legales. El desarrollo reciente del concepto del poder de apreciación en la jurisprudencia y en la doctrina alemana refuta, sin embargo, muchas de esta objeciones.

1.1. Condición y clasificación de la existencia de un margen de apreciación

Según la doctrina del poder de apreciación administrativa, que hasta el día de hoy en su núcleo sigue siendo determinante para la doctrina administrativa alemana y para la jurisprudencia,⁵⁰ la asignación de un margen de decisión en favor de la Administración a través de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado representa una excepción. Por consiguiente, solo se reconoce un margen de apreciación cuando circunstancias concretas justifiquen la hipótesis de que el legislador quisiera abrir tal margen en un contexto específico a través de la aplicación del concepto indeterminado. Esto se da en particular en la interpretación de conceptos de valoración y experiencia dentro de la fijación de los hechos de un tipo legal que determinan la actuación administrativa. En este caso, se asigna a la Administración un poder de valoración y decisión independiente que no está sometido al control judicial.

La interpretación de los términos de concepto jurídico indeterminado que abre un margen de apreciación y la fijación de los hechos del tipo legal se encuentran, sin embargo, judicialmente controlables en su totalidad. El control judicial tiene además acceso al acto de la subsunción de los hechos en los términos del concepto jurídico indeterminado bajo el aspecto de una interpretación correcta para excluir que la Administración haya logrado una conclusión a la cual no estuvo autorizada a llegar con una

50. Véase PACHE, Eckhard, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 62.

“interpretación adecuada” del caso.⁵¹ La doctrina de la autorización normativa restringe el margen de decisión y evaluación explícitamente a casos, en que la Administración pueda fundamentar el ejercicio de su margen de apreciación en una “habilitación” normativa mediante la interpretación de la norma aplicable; por consiguiente la autoridad administrativa competente está considerada autorizada para decidir en última instancia sobre la existencia de los hechos que fundamentan un concepto jurídico indeterminado.⁵² Ésto significa que según la doctrina de la autorización normativa –y en conformidad con la garantía de tutela judicial efectiva– la mera existencia de un concepto jurídico indeterminado y las incertidumbres en la interpretación de este concepto no son suficientes para reconocer un margen de apreciación en favor de la Administración.⁵³

La jurisprudencia ha desarrollado varias categorías de casos que significan una mitigación del principio del sometimiento estricto de la Administración a la ley a través del reconocimiento de un margen de apreciación administrativa:⁵⁴

a) *Cualificaciones en el marco de exámenes o pruebas similares*: En cuanto a exámenes relevantes para el acceso a un empleo, el Tribunal Constitucional Federal diferencia entre evaluaciones específicas relacionadas con la situación específica del examen y las evaluaciones específicas de la materia del examen. Para ello, se remite a la libertad de profesión (Artículo 12 Apartado 1 LF) en relación con el princi-

51. BACHOF, Otto, “Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht”, *JuristenZeitung* 1955, p. 97 ss. .

52. Véase SCHMIDT=Aßmann, Eberhard, en: Maunz, Theodor - Dürig, Günter (coord.), *Grundgesetz, Kommentar zum GG*, C.H. Beck, München, 61ª ed., 2011, Art. 19 IV notas 185 ss., con referencia a BVerfGE 61, p. 82 - Sasbach; PACHE, Eckhard, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 69.

53. Véase SCHMIDT=AßMANN, Eberhard, en: Maunz, Theodor - Dürig, Günter (coord.), *Grundgesetz, Kommentar zum GG*, C.H. Beck, München, 61ª ed., 2011, Art. 19 IV notas 183 ss.

54. Para más, véase MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H.Beck, München, 17ª ed., C.H. Beck, München, 2009, § 7 notas 37 ss.; STOBBER, Rolf, en: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, München 2010, § 31 notas 23 ss.; PACHE, Eckhard, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 125 ss..

pio de igualdad (Artículo 3.1 LF). Las evaluaciones específicas relacionadas con la situación específica del examen radican en las particularidades de las circunstancias de una prueba, mientras que las evaluaciones específicas de la materia del examen se refieren a cuestiones no relacionadas a la situación, sino a la exactitud y justificabilidad de las reacciones del examinando. A pesar de que el Tribunal Constitucional Federal le reconoce un poder de última palabra a la Administración en cuanto a la primera categoría de decisiones administrativas, niega entretanto la existencia de un margen de apreciación no controlable con respecto a las evaluaciones (notas) del examinador que se refieren a la materia del examen.⁵⁵

b) Evaluaciones en el ámbito del derecho funcionario.

c) Estimaciones por parte de comisiones de expertos independientes o gremios independientes que representan la pluralidad de los intereses de la sociedad (comisiones en el ámbito de la radiodifusión o para la protección de los menores en el ámbito de la prensa).

d) Decisiones “de prognosis”, de riesgo o de planificación al igual que decisiones sobre el control de proyectos innovativos.

En principio, en la interpretación de estos ámbitos se reconoce en la jurisprudencia y en la doctrina un control judicial *ilimitado* de los conceptos jurídicos indeterminados sea con respecto a la garantía de la tutela judicial efectiva (Artículo 19 Apartado 4 LF) o sea por la necesidad de una protección de los derechos subjetivos mediante el procedimiento administrativo en que se manifiestan las garantías de los derechos fundamentales materiales. De ahí resulta que un tribunal no se encuentra vinculado a las fijaciones y valorizaciones realizadas con motivo del procedimiento administrativo.⁵⁶

55. BVerfGE 84, 34 (50).

56. BVerfG 11, 168 (191 s.); 15, 275 (282); 84, 34 (49); 101, 106 (123); BVerwGE 68, p. 267 (271); 100, p. 221 (225); BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, 1058; KOPP, Ferdinand O. - SCHENKE, Wolf-Rüdiger, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kommentar, C.H. Beck, München, 16ª ed., 2009, § 114 notas 3, 24 a.

El derecho fundamental del Artículo 19.4 LF garantiza la apertura de la vía judicial a toda persona que alegue haber sido lesionada en sus derechos por el Poder público. Con ello no solo se garantiza el acceso a los tribunales, sino también la efectividad de la tutela judicial. Esto implica el deber de los tribunales de examinar *legalmente e plenamente* las decisiones administrativas.⁵⁷ Esto excluye una vinculación principal del juez a las fijaciones y valorizaciones tomadas durante el procedimiento administrativo.⁵⁸ Por ello, las reglas sobre el control limitado de la discrecionalidad administrativa normalmente no se aplican a la interpretación y aplicación (concretización) de los hechos del tipo legal que autoriza las actuaciones administrativas.

Por consiguiente, el margen de decisión abierto para aplicar los conceptos jurídicos indeterminados –con respecto a su interpretación, la fijación de los hechos del tipo legal y la subsunción– no es una competencia amplia y absoluta, más bien está jurídicamente limitada al igual que el margen discrecional. Sin embargo, no existe unanimidad acerca del contenido, del alcance y de los límites de la competencia de la Administración en el contexto del ejercicio del poder de apreciación. En vista de los distintos resultados concretizadores del Poder ejecutivo, por un lado, y del Poder judicial, por otro, se plantea la cuestión acerca de quién tiene la competencia de la última palabra (“*Quis iudicabit?*”): la Administración que interpreta y aplica los conceptos jurídicos indeterminados en circunstancias concretas o la jurisdicción recurrida por los ciudadanos con respecto al control de las decisiones administrativas.

Para ello, se necesita examinar si la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados es un proceso comparable con aquel del ejercicio del poder discrecional (§ 40 VwVfG). Una decisión discrecional se en-

57. Opinión divergente de JESTAEDT, Matthias, “Maßstäbe des Verwaltungshandels”, en: ERICHSEN, Hans-Uwe - EHLERS, Dirk (coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 14ª ed., Berlin, 2010, § 11 nota 38, el cual argumenta de forma no muy convincente que el Artículo 19 Apartado 4 LF no es pertinente en los hechos del tipo legal cuando la actuación de la Administración no está programada por leyes u otras formas de legislación que emana fuera de la Administración. Jestaedt justifica el carácter excepcional de los ámbitos arriba indicados por la necesidad de proteger los derechos del ciudadano mediante el procedimiento como consecuencia de las garantías de los derechos fundamentales materiales.

58. BVerfG NJW 1991, 2005; BVerfGE 64, p. 261 (279).

cuentra anulada por los tribunales cuando es ilegal. Según el Artículo 114 VwGO, esto se da siempre y solo cuando las autoridades administrativas excedieron los límites legales del poder discrecional o lo ejercieron de una manera que no corresponde a la finalidad de la autorización. Por lo tanto, se le reconoce excepcionalmente a la Administración un poder de tomar la decisión definitiva con relación a las consecuencias legales en el ejercicio del poder discrecional.⁵⁹

A pesar de las características comunes, acertadamente resaltadas en la literatura, entre el poder discrecional y el poder de apreciación, que exigen ante todo un acto concretizador de la normativa indefinida por parte de la Administración,⁶⁰ las diferencias entre ambos conceptos son manifiestas. Mientras que el legislador establece en la estructura tradicional de una norma un margen de discreción –en calidad de acto volitivo–⁶¹ normalmente dentro de las consecuencias legales (discrecionalidad de resolución o de selección), la cuestión de un poder de apreciación de una norma se plantea como consecuencia de los conceptos jurídicos indeterminados en el contexto de los hechos que determinan el tipo legal.⁶² La subsunción del asunto en los términos de un concepto indeterminado dentro de los hechos del tipo legal de una norma constituye un acto cognitivo en la interpretación del precepto normativo.

A base del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (Art. 19.4 LF), el Tribunal Federal Administrativo denegó en una sentencia del 31 de marzo 2011 la exención judicial del margen de apreciación a que se

59. Véase BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, p. 2005; la controversia en la doctrina española acerca de una limitación o una plenitud del control judicial de la discrecionalidad está reflejada en CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona 2009, p. 186 ss.

60. Véase HERDEGEN, Matthias, “Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich”, *JuristenZeitung* 1991, p. 747 (748 f.).

61. Para la distinción de la discrecionalidad como elección entre distintas posibilidades y la naturaleza de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado como problema epistemológico, véase: REUSS, Hermann, “Das Ermessen - Versuch einer Begriffserklärung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953, 585 ff.; REUSS, Hermann, “Der unbestimmte Rechtsbegriff - Seine Bedeutung und seine Problematik”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953, p. 649 ss.

62. Ésto último es discutido por JESTAEDT, Matthias “Maßstäbe des Verwaltungshandelns”, in: ERICHSEN Hans-Uwe/EHLERS, Dirk (coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, Berlin, 14ª ed., 2010, § 11 nota 24

refirió el encargado de seguridad del Servicio Federal de Inteligencia de la RFA con respecto al control de la confiabilidad de un colaborador de este organismo. Destacando que “la existencia de un margen de apreciación de la Administración con una consecuente limitación de la densidad de control por los tribunales” tiene que estar fundamentada en la ley, el Tribunal de Leipzig exige además que esta ley debe “rendir cuenta a la complejidad o dinámica especial de la materia reglada”.

Según esta sentencia un margen de apreciación de la Administración, exento de un control judicial, no se puede justificar solo por los “hechos complejos, ya sea por las circunstancias poco claras o su variabilidad frecuente. Más bien hay que coincidir con eso que en el marco de su tarea de comprobar y valorar independientemente y legalmente los hechos relevantes para la decisión, los tribunales se topan con sus límites aun cuando recurran en la medida de lo conveniente a los conocimientos de la Administración o cuando se sirvan de otro modo de peritaje.”⁶³ De ahí resulta que el Tribunal Federal Administrativo reconoce, incluso en el caso de una autorización legal de la Administración para ejercer un margen de apreciación, una excepción del control judicial sólo cuando un tal control de la decisión administrativa traspasaría –a pesar de una consulta judicial de la pericia de los administradores o de otras capacidades periciales– los límites de la capacidad cognitiva de los jueces.

1.2. La representación de la pluralidad de los intereses de la sociedad como criterio de un margen de apreciación administrativa

Un margen de apreciación que el legislador atribuye a ciertas agrupaciones de representantes de la sociedad o a comisiones de expertos en

63. BVerwG, sentencia del 31.03.2011 - 2 A 3.09, notas 36 s.: “Ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung mit der Folge einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte muss im Gesetz angelegt sein und der besonderen Komplexität oder Dynamik der geregelten Materie Rechnung tragen. Es reicht nicht aus, dass eine rechtliche Würdigung auf der Grundlage eines komplexen Sachverhalts, etwa aufgrund unübersichtlicher und sich häufig ändernder Verhältnisse, zu treffen ist. Hinzu kommen muss, dass die Gerichte bei der Aufgabe, die entscheidungserheblichen tatsächlichen Umstände eigenverantwortlich festzustellen und rechtlich zu bewerten, auch dann an Grenzen stoßen, wenn sie im gebotenen Umfang auf die Sachkunde der Verwaltung zurückgreifen oder sich auf andere Weise sachverständiger Hilfe bedienen.”

vista de su competencia para valorizar asuntos específicos se justifica bajo el aspecto de la participación de representantes de intereses plurales de la sociedad, la distancia de aquellos frente al Estado (Staatsferne) y la formación plural de la opinión pública. La participación de representantes de grupos no sometidos a instrucciones y dotados de pericia en la materia correspondiente⁶⁴ asegura que estén concentrados todos los aspectos relevantes para la decisión del asunto, que se investiguen los valores en conflicto y se haga una ponderación de los intereses en juego para lograr a un compromiso.⁶⁵ Un indicio para tal capacidad es la decisión de un órgano colegial que considera los valores en conflicto y objetiviza así la decisión a adoptar.⁶⁶

Sin embargo, la legitimación democrática de estas agrupaciones/comisiones y sus respectivos miembros parece cuestionable. Además, su constelación causa una incertidumbre por la independencia de instrucciones lo que no permite tampoco un control parlamentario de manera que una elimitación de la ausencia de control tiene como consecuencia una independencia total de cualquier control.⁶⁷ Debido a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la existencia y el alcance del poder de apreciación por las agrupaciones o comisiones plurales y/o de peritos parece entretanto dudosa –al menos en relación a decisiones de estas agrupaciones y comisiones que potencialmente afectan los derechos fundamentales de los “evaluados”. Los magistrados del Tribunal Constitucional han sacudido –por no decir socavado– el poder de apreciación tradicionalmente reconocido en favor de la Comisión Federal para el control de productos de prensa peligrosos para los menores⁶⁸ requiriendo que las valorizaciones

64. WOLFF, Amadeus, en: SODAN, Helge - Ziekow, Jan, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, Nomos, Baden-Baden, 3ª ed., 2010, § 114 nota 328.

65. BVerfGE 83, p. 130 (150); BVerwGE 91, p. 211 (216); 91, p. 217 (222); 91, p. 223 (227).

66. BVerwGE 129, p. 27 (33, nota 27).

67. Véase MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H.Beck, 17ª ed., München, 2009, § 7 nota 45.

68. La Comisión Federal de medios peligrosos para menores (“Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien”) es competente para el control y el registro de los medios nocivos en la lista de medios peligrosos (“Index”). Tiene su fundamento jurídico en la Ley de Protección de los Menores (Jugendschutzgesetz - BGBl. 2002 I, p. 2730) y sirve a la protección de los menores de los peligros de los medios de comunicación.

que la Comisión tome en el marco del Artículo 5.3 LF sean sometidas enteramente al control judicial.⁶⁹ Con este trasfondo la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal Administrativo considera que la evaluación de una obra de arte y la valorización de su peligrosidad para los menores es plenamente controlable por el Poder judicial.⁷⁰

En cualquier caso las decisiones de agrupaciones representativas y de las comisiones de peritos son controlables según los límites legales tradicionales del poder de apreciación para fiscalizar si errores o vicios radican en el proceso de la toma de decisión.⁷¹ Los criterios para examinar estos vicios consisten en la investigación precisa y completa de los hechos,⁷² la fijación de las circunstancias esenciales y relevantes que determinan la decisión, la referencia a parámetros adecuados de comparación y en el respeto de los principios y normas del derecho procedimental,⁷³ en particular del principio de objetividad y de igualdad de oportunidades (Artículo 3.1 LF).⁷⁴ Este control judicial gana en relevancia allá donde la organización particular del procedimiento de adopción de la decisión por parte de la Administración en el sentido de la garantía de su veracidad más alta, la inclusión institucional de peritaje y de intereses plurales o en el sentido de

69. BVerfGE 83, p. 130 (148).

70. BVerwGE 91, p. 211 (213); 91, p. 223 (224 ss.).

71. Véase PACHE, Eckhard, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 47 ss.

72. BVerwGE 70, p. 143 (145 ss.); 79, p. 208 (213); 81, p. 185 (192 s.).

73. KOPP, Ferdinand O. - SCHENKE, Wolf-Rüdiger, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, C.H. Beck, München, 16a.ed., 2009, notas 30, 47 ss.; BVerwGE 62, 330 (334); 68, 330 (337).

74. BVerwG, sentencia del 16.5.2007, 3 C 8.06, nota 31 - control de vinos por una comisión de peritos; el Tribunal Federal Administrativo decidió que la autoridad administrativa al igual que el tribunal competente deben controlar la observación de la norma administrativa que autoriza el control de los vinos, el uso del método adecuado y los posibles vicios dentro del procedimiento administrativo que determina el control; con respecto a la competencia de los tribunales de decidir en última instancia véase BVerfGE 61, p. 82, (111, 114 f.); 84, p. 34 (49 f.); BVerfG, sentencia del 10.12.2009, 1 BvR 3151/07, notas 54 ss. (58, 60): "Compete al poder judicial de interpretar la norma general-abstracta de autorización y sus correspondientes conceptos jurídicos indeterminados en calidad de función tradicional de la jurisdicción y no una función genuina de la Administración. También en la situación de la atribución de la última palabra a la Administración Pública los tribunales deben examinar en este contexto si la autoridad administrativa ha considerado el contenido de los conceptos

una compensación necesaria por el control judicial (principalmente) limitado justifique la admisibilidad constitucional del poder de apreciación.⁷⁵

2. El poder discrecional

La teoría de la discrecionalidad (técnica) es ante todo una teoría sobre los criterios y parámetros de la actuación administrativa.⁷⁶ La discrecionalidad es el poder de la Administración de tomar la decisión definitiva en relación con las *consecuencias jurídicas* de una norma. La discrecionalidad administrativa se caracteriza por decisiones que no pueden ser anuladas por un acto concretizador equivalente de la justicia administrativa. Ésto significa que la Administración –al igual que en el caso del poder discrecional de planificación y bajo ciertas condiciones en el caso del poder de apreciación (III. 1)– dispone de la competencia de imponer su poder de la última palabra sin estar sometida a un control judicial posterior.

En ambos casos se trata de autorizaciones de la Administración para crear y desarrollar una normativa que resulta de la fuerza limitada de la ley aplicable en el caso a decidir; la decisión a tomar por la autoridad administrativa no puede ser sustituida por una decisión del poder judicial. Autorizaciones de creación y desarrollo administrativo se aplican sobre todo en condiciones de incertidumbre, donde el acto reglado sería un anacronismo por la necesidad de orientar la decisión en desarrollos que ocurran en el futuro. En particular, la normativa para la protección del medio ambiente y de la tecnología muestran que la Administración depende en situaciones de incertidumbre de la necesidad de estructurar sus decisiones a

jurídicos indeterminados a aplicar, si ha argumentado en una base de hechos precisamente y completamente investigados, si ha respetado los parámetros de valoración generalmente reconocidos y las reglas que determinan el procedimiento interno de la Administración para llegar a una decisión y si fue guiada por motivos no apropiados que violan la prohibición de la arbitrariedad del Artículo 3.1 LF.”

75. Véase BVerfGE 84, p. 59 (72 s.); BVerwGE 91, p. 262 (266); 92, p. 132 (136).

76. Ver SCHMIDT-Aßmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid 2003, p. 225.

través de planes, es decir en vía de una competencia de dirección normativa parcialmente independiente.⁷⁷

2.1. Características

La discrecionalidad se refiere a la mera cuestión sobre el *si* y/o el *cómo* de la actuación administrativa, dependiendo esto del modo y de la intensidad de la autorización legal. A diferencia del poder de apreciación, el concepto jurídico de la discrecionalidad está codificado explícitamente en la Ley de Procedimiento Administrativo. Según el Artículo 40 VwVfG, la autoridad administrativa “debe ejercer su discrecionalidad, conforme a la finalidad de la autorización, y respetar los límites legales de la discrecionalidad ... si ... está autorizada a actuar según su discrecionalidad”. Esta norma indica que en el centro de la conceptualización legal del poder discrecional se encuentran los límites de la aplicación de ésta.

El punto de vista decisivo para la caracterización de la discrecionalidad ha sido descrito por Otto Mayer: en el ámbito de la discrecionalidad, el legislador le traspasa a la Administración la tarea de “complementar” la ley, “no la de determinar la voluntad de esta, sino la de determinar lo que la autoridad administrativa estime correcto”.⁷⁸ Por eso se deben distinguir los actos legislativos que contienen un programa completo para ser ejecutado por la Administración (los actos reglados) de aquellos que le concedan un poder discrecional (“ejecución flexible”). En el primer supuesto el legislador determina la actuación de la autoridad administrativa fijando su “programa” en la norma de la ley. De tal modo, el artículo 5 de la Ley alemana sobre los partidos políticos codifica que, siempre que una autoridad del poder público conceda el aprovechamiento de organizaciones (como por ejemplo de la radio o de la televisión con fines publicitarios en los canales públicos) u otros beneficios, debe tratar a todos los partidos políticos de manera igual. La palabra *soll* que surge en el contexto de la norma indica que la Administración está sometida a la ley y, salvo en un

77. FRANZIUS, Claudio, “Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht”, en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=ABMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, C.H. Beck, München, 2008, § 4 nota 20 s.

78. Vgl. MAYER, Otto, *Verwaltungsrecht*, tom. II, 1ª edición, 1896, Reimpresión de la 3ª edición original de 1924, 2004, p. 99.

caso excepcional,⁷⁹ no tiene ningún poder discrecional en cuanto al otorgamiento de los servicios a los partidos en tanto que ya haya concedido este servicio al otro partido.

Sin embargo, una diferenciación de los partidos con respecto a la “cantidad” de los beneficios que reciben según su importancia política (número de los votos en las últimas elecciones) es completamente lícita. También está permitido un tratamiento distinto de un partido cuya conformidad con el ordenamiento constitucional democrático liberal está puesta en duda aunque esto podría causar problemas por el monopolio que tiene el Tribunal Constitucional Federal para la prohibición de partidos alemanes (el “privilegio de los partidos” conforme al Artículo 21.2 frase 2 LF).⁸⁰

Si el legislador, sin embargo, otorga a una norma un poder discrecional en favor de la Administración, ésta tiene más que una opción a la hora de la decisión del caso concreto. Dentro del marco de la codificación de las consecuencias jurídicas que trae un tipo legal de Derecho administrativo se abre un abanico de opciones y el agente público dispone entonces de varias posibilidades para decidir en una situación administrativa. De allí que el agente público “pueda” tomar varias decisiones que, simultáneamente, son todas conformes a la ley. En cuanto a este fenómeno, la teoría de la autorización normativa habla de una “responsabilidad de la Administración”, o sea todavía más acentuado del “poder administrativo para tomar la decisión definitiva” (administrative Letztentscheidungsmacht).⁸¹ Mediante la atribución de una competencia administrativa para la creación normativa que concretiza la ley, el programa normativo abstracto se encuentra complementado de manera que se abren varias opciones en el momento de la decisión de la Administración sobre las consecuencias jurídicas. En este proceso de la adopción de decisión, la Administración considera los fines o intereses –sean individuales o generales– que no estén fijados en la ley o investiga elementos relevantes para la aplicación del pertinente régimen jurídico.

79. Ver MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H.Beck, 17ª ed., München, 2009, § 7 nota 11.

80. BVerfGE 12, 296 (303).

81. Ver HOFFMANN-RIEM, Wolfgang - “Eigenständigkeit der Verwaltung” en: HOFFMANN-RIEM - SCHMIDT-AßMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo I, C.H. Beck, München, 2006, § 10 notas 89 ss.

Cuando las autoridades superiores de un agente público determinan y unifican la aplicación del poder discrecional a través de preceptos administrativos (p. ej. de organización interna), el ejercicio de este poder está orientado de forma abstracta y general, observando así la igualdad de tratamiento de los ciudadanos. Este tipo del ejercicio general del poder discrecional mediante la adopción de reglamentos discrecionales unificadores no se orienta, sin embargo, en el caso individual particular sino en el caso individual típico. Pero aplicando estos preceptos internos los agentes tienen el derecho de desviarse en casos excepcionales.⁸²

2.2. Justificación del poder discrecional en el sistema del derecho administrativo

La discrecionalidad sirve en primer lugar para la realización de la equidad, es decir de la justicia material en el caso particular.⁸³ Sobre todo para superar las incertidumbres que determinan la situación de la decisión administrativa, la autoridad administrativa está equipada con un poder particular que le permite que resuelva de manera justa un caso individual tomando en consideración por un lado los objetivos del legislador y el régimen normativo específico (la *ratio legis*), y por otro lado las particularidades del asunto concreto.

La flexibilización del sometimiento a la ley tiene, asimismo, efectos para la densidad del control contencioso-administrativo, lo que puede enfrentar cada actividad administrativa por la garantía de la tutela jurídica efectiva de los derechos de los ciudadanos (Artículo 19.4 LF). Los tribunales administrativos alemanes tienen únicamente competencias para examinar las actuaciones de la Administración bajo los aspectos de la legalidad, pero no les corresponde revisar las opciones que ésta ejercita dentro del margen del poder discrecional en el caso de que se hubieran respetado los límites de éste (sub III. 2.4). Dentro de este margen es la Administración la que tiene la prerrogativa y a la que se le atribuye por el legislador la

82. MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H.Beck, 17ª ed., München, 2009, § 7 notas 14 s.

83. Véase MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H.Beck, 17ª ed., München 2009, § 7 nota 13

competencia de “crear” la decisión. De ahí se da que, en lo referente a los asuntos discrecionales, los jueces no sean los que dispongan del poder de la última palabra, sino la autoridad administrativa.

2.3. Tipos del poder discrecional

Cada vez que una situación de hecho corresponda a un tipo legal y la norma abra un margen de discrecionalidad, la Administración puede optar entre varias decisiones alternativas. A diferencia del caso en el que la Administración ejecuta meramente un acto reglado, cuando se autoriza a la misma Administración para decidir “autónomamente”, esto tiene que pasar dentro de los límites de la ley sobre las consecuencias jurídicas. Concretamente, el poder discrecional se refiere a dos aspectos, sea a la cuestión si la Administración va a tomar una medida lícita o no actúa (la llamada “discrecionalidad de resolución”) o sea a la cuestión sobre cual de las medidas igualmente lícitas va a adoptar (la llamada “discrecionalidad de selección”).⁸⁴

Ejemplo: Según el Artículo. 15.2 de la Ley alemana de asambleas, la Administración “puede” dispersar a una reunión que no fue avisada previamente. La autoridad competente tiene la autorización de dispersarla, pero, sin embargo, no está obligada a hacerlo (por eso, la norma fija el elemento “puede”). Ahora bien, la autoridad tiene la libertad de decisión entre una dispersión de la reunión y la no dispersión. Debe considerar por un lado el derecho fundamental a reunirse pacíficamente y sin armas (Artículo 8 LF) y los intereses públicos como por ejemplo la observación del plazo del aviso y la fluidez del tráfico, pero por otro lado debe ponderar los intereses en juego.

Cada una de sus opciones puede ser lícita; sólomente en el caso de una reducción completa de su potestad discrecional, la Administración dispone de una única opción para decidir, dado que cualquier otra opción implicaría un defecto en el ejercicio de la potestad discrecional) Según la cláusula general del derecho policial, la policía como consecuencia de su competencia para la defensa contra delitos de la seguridad y el orden público “habrá de tomar las medidas necesarias según la discrecionalidad obligatoria” en el caso de un peligro. Compete a la autoridad policial si

84. Véase MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H.Beck, 17^a ed., München 2009, § 7 nota 7.

interviene o no (salvo en el caso de una reducción completa de su potestad discrecional y, en el caso afirmativo, que medidas va a tomar.

2.4. Los límites del poder discrecional y los defectos en el ejercicio del poder discrecional

El poder discrecional no le atribuye a la Administración una libertad ilimitada ni un derecho de decidir arbitrariamente (“ad libitum”),⁸⁵ sino que está limitado por la ley. Debido a esto, la autoridad pública no dispone de un poder discrecional ilimitado, sino que más bien debe ejercer su poder discrecional conforme a la ley. Siempre que la Administración no respete estos límites se genera un vicio en el ejercicio de la potestad discrecional, lo que automáticamente hace ilícito el acto administrativo. En esto se manifiesta el concepto de la discrecionalidad vinculada por la ley. Los tribunales (administrativos) pueden revisar si las autoridades públicas han respetado estos límites de la discrecionalidad. Un defecto en el ejercicio de la potestad discrecional se sucede sólo en el caso de que la autoridad pública no respete los límites legales. No impide la legalidad del acto administrativo que la autoridad pública hubiera podido actuar de manera más oportuna o que otra decisión hubiera sido mejor o más adecuada. Estas objeciones no versan sobre la legalidad de la medida administrativa y, por consiguiente, no son objeto del control de los tribunales.

La doctrina y la jurisprudencia alemana distinguen los siguientes defectos en el ejercicio de la potestad discrecional:⁸⁶

- a) la falta del ejercicio del poder discrecional que sucede cuando la autoridad pública no ejercita su poder discrecional sea por negligencia

85. Véase CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona 2009, p. 195 ss.

86. Véase HOFFMANN=RIEM, Wolfgang, “Eigenständigkeit der Verwaltung” en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=AßMANN - VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo I, C.H. Beck, München, 2006, § 10 nota 88; SCHOCH, Friedrich, “Gerichtliche Verwaltungskontrollen”, en: HOFFMANN=RIEM - SCHMIDT=AßMANN - VOßKUHLE (coord.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo III, C.H. Beck, München, 2009, § 50 nota 270; MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H.Beck, München, 17ª ed., 2009, § 7 notas 19 ss.

cia o por error, que radica en la convicción del agente público de que la ley no hubiera abierto un margen de discrecionalidad;⁸⁷

b) la desviación de la potestad discrecional que ocurre cuando la autoridad pública no se orienta exclusivamente en la finalidad de la norma discrecional que ha de perseguir (p. ej. la dispersión de una reunión para impedir la propagación de ciertas opiniones y ideologías);⁸⁸

c) el desborde del poder discrecional que sucede cuando la autoridad administrativa determina una consecuencia jurídica que ya no se encuentra cubierta por la norma que le asigna el poder discrecional (p. ej. si la autoridad administrativa le cobra al ciudadano 60,00 EUR cuando en el reglamento de tasas están previstos sólo entre 20,00 y 50,00 EUR).⁸⁹

Una subcategoría del desborde del poder es la violación de los derechos fundamentales y de los principios generales de la Administración que ocurre sobre todo cuando la Administración no se da cuenta de los principios de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de una medida que revelan límites objetivos también para el ejercicio del poder discrecional. En este contexto destaca además el Artículo 3.1 LF que exige el tratamiento igual de los ciudadanos por la prohibición de la arbitrariedad (p. ej. si la Administración concede un subsidio a un ciudadano de manera lícita debe concederlo igualmente a otros ciudadanos que se encuentren en una situación idéntica; sin embargo, el ordenamiento jurídico alemán no reconoce una “igualdad en la injusticia”, es decir un trato igual con respecto a actividades ilícitas de la Administración).

Los casos de la falta de ejercicio del poder discrecional se producen raramente en la práctica. Además, la desviación de poder en la forma de uso indebido del poder discrecional es apenas perceptible en la práctica administrativa alemana. Más significativo, sin embargo, es el desconocimiento de la finalidad objetiva de la autorización normativa. En conse-

87. BVerwGE 15, p. 196 (199).

88. BVerwGE 57, p. 98 (106).

89. BVerwGE 92, p. 281 (283).

cuencia, las medidas adoptadas por la policía y las autoridades policiales se pueden tomar sólo con fines de seguridad, pero no de prevención de riesgos. El más importante entre los vicios discrecionales se produce en la práctica con respecto al desborde del poder discrecional. El caso frecuente, sin embargo, no es el la fijación de una consecuencia jurídica en el marco de la decisión administrativa que ya no está cubierta por la ley (por ejemplo, el exceso de tasas fijadas en un reglamento administrativo). Límites exteriores de su poder discrecional se ven afectados sobre todo por la violación de normas de rango superior, en particular, de los derechos fundamentales en relación con el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad al igual que por la no observación de la normativa de la Unión Europea.⁹⁰

Esta clasificación de los defectos en el ejercicio de la potestad discrecional ha sido criticado igualmente desde el punto de vista de la doctrina extranjera. Así, se ha argumentado, que la jurisprudencia suiza no ha logrado aún definir los conceptos tales como la desviación de la potestad discrecional, el desborde del poder discrecional o la falta del ejercicio del poder discrecional. Según estos comentarios, todas las situaciones plasmadas en estos conceptos pueden ser calificadas sea como violaciones de la prohibición de la arbitrariedad o sea de los principios generales del derecho administrativo o como violaciones “ordinarias” del derecho.⁹¹

90. Véase SCHOCH, Friedrich, “Gerichtliche Verwaltungskontrollen”, en: HOFFMANN=IEM - SCHMIDT=AßMANN - VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo III, C.H. Beck, München, 2009, § 50 nota 271.

91. Véase SCHINDLER, Benjamin, *Verwaltungsermessen - Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Dike Verlag, Zürich, 2010, p.207 ss, 410.



El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia

*Por Juan Carlos Cassagne **

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento administrativo se concibe como un instrumento de eficacia del accionar de la Administración que cumple, al propio tiempo, una función de garantía,¹ en protección de los derechos de los particulares.

Precisamente, esta última función que persigue el establecimiento de reglas jurídicas que sirvan de cauce y canalicen el dictado de actos administrativos es la que le otorga al procedimiento administrativo una especial relevancia en el régimen del Estado del Derecho basado en la separación de poderes.

La Constitución argentina consagra la garantía de la defensa en juicio de los derechos (art. 18 C.N.) y prohíbe el ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo (art. 109 C.N.).

A su vez, la garantía de la defensa, que integra la “*tutela judicial efectiva*”, no se limita al ámbito del poder judicial sino que, al tener una naturaleza garantística, se proyecta al procedimiento administrativo.²

En ese escenario, configurado tras la jurisprudencia de la Corte a partir del caso “*Fernández Arias*” y fallos posteriores concordantes, se desprende que:

* Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina y Consulto de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

1. Vid nuestro *Derecho Administrativo*, Tº II, 9ª ed., Buenos Aires, p. 655 y ss.

2. Ver al respecto; CANOSA, Armando N., *Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa*, ED-166-988.

- a) la jurisdicción judicial solo corresponde a los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación,³ cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia;
- b) el acceso a la justicia no puede ser cercenado por obstáculos y ápicos formales y los actos de las autoridades administrativas no constituyen decisiones finales sino que están sujetos a revisión judicial.⁴
- c) El control de las decisiones administrativas debe ser suficiente,⁵ con amplitud de debate y prueba.
- d) El tribunal que ejerce el control sobre la actividad administrativa ha de hallarse rodeado de garantías de imparcialidad e independencia⁶.

Ahora bien, como corolarios del principio de la tutela judicial efectiva, en directa conexión con el sistema de procedimientos administrativos, se articulan dos consecuencias jurídicas trascendentes para los derechos de las personas involucradas o afectadas por la actividad de la Administración Pública. La primera predica el carácter no obligatorio de la antigua regla que exigía el agotamiento de la instancia administrativa para poder demandar ante la justicia. La segunda tiene que ver con la innecesariedad del reclamo administrativo previo o, al menos, su relativización, abriendo paso a la demandabilidad directa en supuestos en que no sea imprescindible el dictado de un acto administrativo previo como condición de acceso a la vía judicial. De todo ello nos ocupamos seguidamente.

3. Principio que se desprende del caso “*Fernández Arias*”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia, en el año 1960 (Fallos: 247:646).

4. ABERASTURY, Pedro (h) y CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 19 y ss.

5. Fallos: 247:646 (“*Fernández Arias*”) y 311:334 (“*Di Salvo*”).

6. Véase: ABERASTURY, Pedro (h) y CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento*, cit, p. 22, quienes apuntan que debe reconocerse la revolución que operó el caso “*Fernández Arias*”.

II. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En la última parte del siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, con motivo de su recepción constitucional.

Su proyección en Hispanoamérica, particularmente en la Argentina, ha sido notable, habiendo sido recogido el principio tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

Nuestra Constitución, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos preconstitucionales, consagró en su art. 18 la garantía de la inviolabilidad “de la defensa en juicio de las personas y de los derechos”, siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por ALBERDI.⁷

Esa garantía apuntaba, entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamentalmente, la libertad de los ciudadanos, configurando uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía constitucional.

En su evolución posterior, la garantía⁸ de la defensa fue completada con otras, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos originariamente por el art. 18 de la Constitución nacional. Tal es lo que ocurrió

7. En la parte primera, cap. II, el art. 19 del Proyecto de Alberdi expresa que “el derecho de defensa judicial es inviolable”.

8. Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y a afianzar la seguridad jurídica. Actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena Administración; han sido establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución nacional y de las leyes; ver LINARES, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Depalma, 1944. ps. 203-206; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional y comparado*, t. V, 1ª ed., Buenos Aires, Alfa, 1953-1963, p. 355. Para Carrió, cuando aludimos a las “formas de protección de los derechos”, “queremos aludir a la acepción restringida de

con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano,⁹ y, más modernamente, con el llamado “derecho a la jurisdicción”.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables.¹⁰

Estas garantías, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina¹¹ consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del art. 18 o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva, en el *sentido* que pasamos a exponer.¹²

la palabra ‘garantía’ o sea la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele” (cfr. CARRIÓ, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, p. 28).

9. Ver, por todos: LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1970, p. 17 y ss.

10. BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional*, t. 2, Buenos Aires, Ediar, 1969, p. 473 y ss.

11. “Alcaraz, Anatalia y otros c. Cía Sansinena SA”, Fallos 247:246 (1950), BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional*, t. 2, cit., ps. 499-500.

12. Una postura contraria a la sustentada en el texto ha sido sostenida por Luqui en una obra excelente (LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 241 y ss.) sobre la base de que nada agrega de nuevo a la clásica garantía de la defensa en juicio que preceptúa el art. 18 de la CN. Sin embargo, ambas garantías guardan una relación de género y especie, en el sentido de que la tutela judicial efectiva comprende a la garantía de la defensa y, al propio tiempo, es más amplia, habida cuenta que tutela, entre otras cosas, el acceso a la justicia para que ésta sea efectiva. En suma, se trata de una nueva categoría histórica que supera algunos dogmas antiguos, como el de la justicia revisora (en el contencioso administrativo).

En efecto: no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última, como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo,¹³ se caracteriza por su mayor amplitud no solo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena administración¹⁴ proyectándose también al procedimiento administrativo.¹⁵

Los principales matices diferenciales comprenden tres aspectos, ya que la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución, al prescribir positivamente el sistema judicialista (arts. 116 y 117 de la Constitución nacional), en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado.¹⁶

En la Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un destacado sector de la doctrina¹⁷ propició, en su momento, una serie de posturas que afirmaban la plenitud de la jurisdicción frente a las inter-

13. Art. 1º, inc. f, LNPA.

14. Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, REDA, núms. 15/16, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 51 y ss.

15. CANOSA, Armando N., “Influencia del derecho... cit. ED, 166-988”.

16. Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista se encuentra en la excelente tesis doctoral de BOSCH, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*, Buenos Aires, Zavalía, 1951, p. 36 y ss. Según este autor, la Constitución Argentina de 1853 representa, más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli (ob. cit., p. 45).

17. LINARES, Juan Francisco, “Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal”, LA LEY, 94-919 y ss., especialmente p. 926; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, 1ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1980, p. XIX-21 y ss.

pretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora¹⁸ que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

Recién en la última década algunos ordenamientos y la jurisprudencia —en forma limitada, por cierto— han comenzado a transitar por el camino correcto. Sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso-administrativo de su época, no se puede menos que señalar la profunda gravitación que entre nosotros ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la “RAP” (Revista de Administración Pública) y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes.¹⁹

En el presente trabajo vamos a abordar la recepción de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento y la incompatibilidad que plantea su vigencia constitucional con el dogma revisor y, particularmente, con el carácter preceptivo del requisito del agotamiento de la vía administrativa (mal llamada “instancia administrativa”), sin dejar de advertir que, tal como ha dicho GONZÁLEZ PÉREZ, “el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se ‘haga justicia’, que se traduce, en el plano jurídico-administrativo, en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados”.²⁰

18. FIORINI, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 88.

19. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1992; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, “Revista de Derecho Administrativo”, 1976, p. 728.

20. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, t. I, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1998, p. 17.

III. RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

A) En el orden nacional

La recepción del principio en nuestro país se ha visto favorecida, primero, por el sistema y una serie de principios de rango constitucional anteriores a la reforma de 1994, y, a partir de esta, por la recepción en la Constitución del Pacto Internacional de San José de Costa Rica.

Así, la adopción del sistema judicialista de control de los actos del Ejecutivo y demás poderes del Estado (ex arts. 100 y 101, CN) y una previsión constitucional que en forma expresa veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (art. 109, CN) completan la garantía de la defensa prescrita en el art. 18 de la Constitución nacional y la consagración del debido proceso como garantía innominada por parte de la jurisprudencia.

A su vez, en el Preámbulo de nuestra Constitución se revela el propósito que persiguieron los constituyentes al proclamar, entre los fines del Estado, el de “afianzar la justicia”, configurando un principio jurídico afín, en cuanto el único modo en que se puede operar ese afianzamiento radica en la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares.

De ese modo, la conexión entre la garantía de defensa y la tutela judicial efectiva se produjo sin forzar la positividad constitucional y aun antes de la reforma constitucional de 1994, en la cual el principio se introdujo en virtud de la incorporación al ordenamiento constitucional del Pacto Internacional de San José de Costa Rica.

En uno de sus fallos más trascendentales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó el principio con fundamento en que “la idea directriz de la división de poderes que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional –que emerge de la garantía del debido proceso– cual es el principio *pro-actiōe* a que conduce el derecho fundamental en la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del art. 18 de la Constitución nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser

aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución nacional”.²¹

Operada la recepción constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) a causa de lo prescrito en el art. 75, inc. 22, de la Constitución de 1994, cuyos arts. 8º y 25 consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio adquirió plena operatividad constitucional, obligando también a las provincias, habida cuenta de que los pactos internacionales y máxime, aquellos incorporados expresamente a la Constitución nacional constituyen conforme a su art. 31 la ley suprema de la Nación, debiendo entenderse como reza el inc. 22 del art. 75 que los derechos reconocidos por ellos complementan los derechos y garantías constitucionales.

Con algunas excepciones,²² el principio de la tutela judicial efectiva goza en nuestro país de un amplio consenso doctrinario.²³

B) En el orden provincial

En el marco de la evolución hacia el reconocimiento de la tutela judicial efectiva se ubica la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994, que eliminó de cuajo una serie de instituciones y de princi-

21. *In re* “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 315:1492 (1992) y en ED, 148-338, considerando 15; “Serra, Fernando H., y otro c. Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos: 316:2454 (1993), con nota de BIANCHI, Alberto B., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?”, LA LEY, 1995-A, 395.

22. LUQUI, Roberto E., en su excelente obra *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 241 y ss.

23. Cfr. ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 37 y ss.; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Abaco, 2002, p. 29; GARCÍA PULLES, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 100 y ss. con otra terminología, aunque en varias partes de su obra hace mención a la tutela judicial efectiva (v.gr. p. 71 y p. 1049, punto 13).

pios procesales que habían terminado por anquilosar el sistema provincial, al haber contribuido a generar, por cierto, típicas denegaciones de justicia.

Desaparecieron, de ese modo, construcciones procesales que, fuera de no existir razones valederas que justificaran su alojamiento en el texto constitucional, traducían barreras formales en punto al acceso y al derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del proceso, circunscribiendo las controversias judiciales a las pretensiones planteadas en sede administrativa. Así ocurrió, entre otras figuras procesales, con conceptos que traducían una rémora a la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional, al suprimirse requisitos cuyo cumplimiento estricto y exclusivo se exigía para habilitar la acción contencioso-administrativa, tales como los relativos a que el acto proviniera de autoridad administrativa, la previa denegación o retardación en sede administrativa y que los derechos fueran gestionados por parte interesada, extremos estos que habían sido usados como verdaderas válvulas de cierre de la jurisdicción.

La Constitución de 1994 comienza por prescribir, en su art. 15, que la Provincia de Buenos Aires “asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial”, agregando que “las causas deberán decidirse en tiempo razonable”, y que “el retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.

El otro precepto constitucional (art. 166, último párrafo) que resulta trascendente para la protección de los derechos de las personas radica en la desconstitucionalización de la decisión previa que agotaba la vía administrativa como requisito ineludible de admisibilidad de la pretensión procesal.

En este aspecto, si bien no todas las opiniones coinciden en punto a si se mantiene o no el principio en el plexo constitucional²⁴ lo cierto es que a

24. PERRINO, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, ED 184-842. Aun cuando cabe ubicar a este autor en una línea garantística afín a la que propugnamos, ha interpretado que la Constitución mantiene el principio. En cambio, para D’Argenio la nueva disposición constitucional consagra como principio la inexistencia del agotamiento de la vía administrativa, posición que compartimos. Ver D’ARGENIO, Inés, “El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires;”, REDA,

partir de ahora el requisito tiene origen legal, y no constitucional, sin que la Constitución establezca criterio o pauta alguna que vincule al legislador.

Por otra parte, si se repara en que el último párrafo del art. 166 dispone que los casos que determinan la competencia de los tribunales en lo contencioso-administrativo resultarán conformes a los procedimientos que prescriba la ley, la cual “establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”, va de suyo que, fuera de tales supuestos, dicho principio no existe. Aunque la Constitución consagra la regla del no agotamiento, por medio de una habilitación constitucional expresa permite que la ley tipifique excepciones, las cuales podrían configurarse en la medida en que armonicen con las garantías y principios constitucionales, particularmente con la tutela judicial efectiva.

Es cierto que al no establecer pauta limitativa alguna para consagrar las excepciones, el legislador podría llegar a excederse en la determinación de los supuestos. Sin embargo, en tal caso, jugará siempre el límite de razonabilidad para poder impugnar toda decisión legislativa que afecte el principio de la tutela judicial efectiva, cuya incompatibilidad con el dogma revisor y la exigencia generalizada del requisito del agotamiento de la vía administrativa han sido cabalmente demostradas en la doctrina argentina²⁵ y española.²⁶

núms. 19/20, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 404 y SORIA, Daniel Fernando, “El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, REDA, núms. 24/26, Buenos Aires, Depalma, p. 54, nota 31.

25. Cfr. GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, cit., p. XIX-21 y ss., postura que ha mantenido en las ediciones posteriores del Tratado; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, ps. 346-347. Para un mayor desarrollo del tema se puede ver el lúcido trabajo de TAWIL, Guido S., “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial”, ED 128-958; y SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “El carácter revisor y el denominado principio de congruencia en el proceso contencioso-administrativo”, REDA, núms. 19/20, Buenos Aires, Depalma, 1995, ps. 497-525; ver también BIELSA, Rafael, *Sobre lo contencioso-administrativo*, Santa Fe, ..., 1949, p. 149, y la nota de BIANCHI, Alberto B. al fallo “Ekmekdjian” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes citada.

26. Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, REDA, nro. 16, Madrid, ..., 1976, p. 728; MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter

En esa orientación, tanto la Constitución como el Código Contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires²⁷ (en adelante CPCA) consagran un sistema cuyas grandes líneas se caracterizan por:

- (i) la especialización de tribunales competentes que actúan como jueces ordinarios y especializados del fuero, suprimiendo la concentración de las causas en la jurisdicción exclusiva y originaria de la Corte Suprema de la Provincia;
- (ii) la supresión o alteración sustancial de requisitos constitucionales que obstaban a la tutela judicial efectiva, antes señalados, como la previa denegación o retardación, autoridad administrativa, derechos gestionados por la parte interesada y fijación de plazos para el ejercicio de cualquier pretensión que figuraban en el viejo art. 149, inc. 3, de la Constitución de la Provincia del año 1934;
- (iii) la apertura y el acceso a la jurisdicción en tanto haya un caso (art. 166, CP) en línea con el precepto que rige en el orden nacional (ex arts. 100 y 101 y actuales arts. 116 y 117, CN);
- (iv) consecuente con ello, el Código utiliza un concepto amplio de legitimación activa al prescribir que estará legitimada para deducir las correspondientes pretensiones “toda persona que invoque una

revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, REDA, nro. 26, Madrid,..., 1980, p. 497; FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, Madrid, Civitas, 1998, ps. 29 y 55; y el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo a la obra de FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, cit., ps. 21 y 55. Con anterioridad, Nieto y Parada Vázquez criticaron la evolución regresiva y formalista de la jurisprudencia en orden a la conceptualización de la jurisdicción como puramente revisora, ver NIETO, Alejandro, “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso”, RAP, nro. 57, Madrid,..., 1968, p. 33.

27. Sancionado por la ley 12.008 y modificado por la ley 12.310.

lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento”;²⁸

(v) la configuración amplia de los casos que abren la jurisdicción en relación con cualquier tipo de conducta positiva o negativa (actuación u omisión), con abstracción de que se formalice o no como acto administrativo;²⁹

(vi) el carácter ejecutorio y no meramente declarativo de las sentencias judiciales (art. 163 de la Constitución de la Provincia y art. 65, ap. 3, del CPCA);

(vii) el quiebre de la naturaleza revisora³⁰ que antaño se atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa se proyecta en materia de la reducción de los supuestos en que se exige el agotamiento de la vía administrativa, así como en la fijación de plazos de caducidad que se

28. Ver GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa”, REDA, núms. 30/31, Buenos Aires, Depalma, 1999, ps. 48-49, y del mismo autor, “Las partes en el proceso administrativo”, Madrid, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997, p. 50. Apunta a que a la hora de decidir en un proceso, los tribunales prescinden de todas esas zarandajas inventadas por la doctrina y “acaban definiéndolo con arreglo al *Diccionario de la Real Academia*, reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al que la formula «beneficio», «utilidad», «ganancia», «provecho», «comodidad» o, dicho de otro modo, que le evitará un «perjuicio», «incomodidad» que es como define la Academia el interés”. Se trata, en suma, según González Pérez, de verificar “el sentido propio de las palabras como impone el art. 3.1 del Código Civil” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La Constitución y la reforma...”, cit., ps. 48-49); en la misma línea, ver también BEZZI, Osvaldo Máximo, *Código Procesal y Ley del Fuero Contencioso-Administrativo*, La Plata, 1998, p. 4 y nota 6.

29. SORIA, Daniel Fernando, “El proyecto de Código Procesal Contencioso-Administrativo para la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas”, RAP, Suplemento Especial n° 3, *Administración local y Derecho*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1997, p. 3.

30. Sobre la atenuación del carácter revisor en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ver: VALLEFÍN, Carlos A., *Proceso administrativo y habilitación de instancia*, La Plata, Librería Editora Platense, 1994, p. 11 y ss.

restringen a los casos en que se pretenda la nulidad de un acto o una acción resarcitoria vinculada con aquella o la pretensión de cese de una vía de hecho administrativa. A su vez, la acción para demandar contra una vía de hecho administrativa no está sometida al requisito del agotamiento, aunque tiene fijado un plazo de caducidad a partir del momento en que fuera conocida por el afectado (art. 21, CPCA);

(viii) el objeto del proceso regulado en el CPCA se desplaza del acto administrativo hacia la pretensión procesal con fórmulas de gran latitud que no circunscriben el proceso a la pretensión anulatoria de un acto administrativo, de alcance particular o general, sino que comprenden, además de las típicas pretensiones resarcitorias derivadas o no de la invalidez de un acto administrativo u ordenanza municipal, toda clase de pretensiones, a saber:

- (1) el restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelados (art. 12, inc. 2);
- (2) la acción declarativa de certeza sobre determinada relación o situación jurídica regida por el derecho administrativo (art. 12, inc. 4);
- (3) la cesación de una vía de hecho administrativa (art. 12, inc. 5);
- (4) la realización de determinada prestación debida por las autoridades que ejercen la función administrativa (art. 12, inc. 6);
- (5) el libramiento de una orden judicial de pronto despacho en casos de mora de la Administración en expedirse frente al requerimiento de parte interesada o que corresponda dictar para continuar o resolver el procedimiento (art. 12, inc. 7).

IV. EL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Cabe distinguir también en este punto la situación del nuevo ordenamiento nacional del de la de los ordenamientos provinciales y comparados.

En nuestro derecho procesal administrativo la situación es paradójica, ya que mientras en la Nación no estaba legislado el requisito del agotamiento de la vía administrativa para promover una demanda judicial contra el Estado y sus entidades hasta la sanción de la LNPA en el año 1972, las provincias y, particularmente, la provincia de Buenos Aires, exigían la previa denegación, la retardación o el agotamiento de la vía administrativa, según las respectivas regulaciones locales.³¹ En la Nación, con anterioridad a la LNPA, el único requisito era la promoción de un reclamo administrativo previo (ley 3952).

31. Ver HUTCHINSON, Tomás, “Mitos y realidades en el derecho administrativo argentino”, LA LEY, 1989-C, 1071, especialmente p. 1077 y ss. Según Hutchinson, la fuente a que acudió Varela al consagrar en “vía previa”; no fue la ley Santamaría de Paredes, sino los antecedentes nacionales y provinciales anteriores (art. 156, inc. 3, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873). Aunque no es nuestro propósito polemizar con este distinguido autor, creemos que la norma de la Constitución de la Provincia de 1873 (que pasó a ser el art. 157, inc. 3, en la reforma constitucional de 1889) no establecía el requisito del agotamiento de la vía administrativa, sino tan sólo que hubiera “previa denegación de la autoridad administrativa”. En realidad, esta exigencia aparece recién en el art. 28, inc. 1, del Código de Varela de 1905, al prescribir como condición de admisibilidad del proceso contencioso-administrativo que “la resolución sea definitiva y no haya recurso administrativo alguno contra ella”. Este precepto fue, en rigor, el que impuso en la provincia el requisito del agotamiento de la vía administrativa. Cuadra apuntar también que, al referirse al carácter definitivo de la resolución administrativa y agregarle “que no haya recurso administrativo alguno contra ella”, el citado Código generó interpretaciones erróneas de la jurisprudencia provincial en punto a lo que se entiende por definitividad, comprendiendo en el concepto tanto las resoluciones que deciden el fondo del asunto como las que causan estado (es decir, las que agotan la vía administrativa). Ver VALLEFÍN, Carlos A., *Proceso administrativo y habilitación de instancia*, cit., p. 51 y ss., que mantiene el concepto amplio de “definitividad”, aunque distingue ambas categorías y, más aún, las trata en forma separada como, por demás, corresponde a dos requisitos diferentes. Por su parte, la doctrina ha sostenido la distinción entre el concepto de acto definitivo y acto que causa estado en el sentido de que el primero es el que decide la cuestión de fondo finalmente mientras que el segundo es el que agota la vía administrativa de una situación contenciosa (cfr. LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, ps. 544-545). Al propio tiempo, hay autores como SORIA que han precisado más aún el concepto de acto definitivo, sosteniendo que son aquellos que “se exhiben de ordinario como el eslabón final de un encadenamiento de situaciones heterogéneas y no equivalentes que lo preceden y complementan” (SORIA, Daniel Fernando, “Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial”, LA LEY, 1990-C, 947). La

Y la situación resulta paradójica porque mientras que el Estado federal ha establecido el requisito del agotamiento de la vía administrativa para poder impugnar ante la justicia un acto de alcance particular o general, con plazos de caducidad a los que la jurisprudencia y una parte de la doctrina les asigna un carácter fatal y perentorio.³² manteniendo, para los otros supuestos, la figura del reclamo administrativo previo,³³ por su lado, el nuevo Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires ha restringido sustancialmente la procedencia de este recaudo procesal habilitante de la jurisdicción, como se ha visto, a sólo dos supuestos, que han reducido la exigencia procesal, limitándola a los casos en que la acción tuviere por objeto una pretensión anulatoria o resarcitoria proveniente o vinculada con la invalidez de un acto administrativo, sin exigir el reclamo administrativo previo para los otros supuestos –excepto la pretensión prestacional (art. 17, CPCA)–, cuya inutilidad ha sido debidamente destacada por un importante sector de nuestra disciplina.³⁴

De ese modo, en el CPCA de la Provincia de Buenos Aires se han configurado una serie importante de supuestos en los que no resulta necesario el “agotamiento de la vía administrativa de cara a diversas pretensiones procesales, a saber:

- a) los actos administrativos definitivos o asimilables que emanen de la máxima autoridad administrativa con competencia resolutoria final o de un órgano con competencia delegada, dictados de oficio o

confusión o, si se quiere, la mezcla de conceptos, aparece en algunas obras de la antigua doctrina española, que probablemente habría seguido Varela (ver ABELLA, Fermín, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, 2ª ed., Madrid, Administración, 1888, p. 570).

32. Cfr. GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., “Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos,” ED, 51-955.

33. Arts. 30 a 32 de la LNPA, sin prescribir plazos de caducidad para la promoción de la demanda. Ver ESTRADA, Juan Ramón, “Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la instancia judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema”, REDA, núm. 4, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 323.

34. Entre los trabajos doctrinarios ver el lúcido artículo de GORDILLO, Agustín A., “El reclamo administrativo previo”, LA LEY, 89-777.

con la previa audiencia o intervención del interesado. El CPCA considera que estos actos son directamente impugnables en sede judicial (art. 14, ap. 2, inc. b, CPCA) sin necesidad de agotar la vía administrativa.

En línea con el principio de la tutela judicial efectiva, el Código prescribe, además, que si el particular interpusiere en tales casos los recursos de revocatoria o de reconsideración, queda suspendido el plazo de caducidad para demandar (art. 18, inc. 1, del CPCA), lo cual implica que el recurso administrativo juega como una opción en favor del afectado por el acto administrativo.

b) se configure el supuesto que la doctrina califica como de “ritualismo inútil”, que puede darse tanto cuando la conducta de la demandada haga presumir la ineficacia cierta de agotar la vía administrativa, como cuando, en atención a las circunstancias del caso, la exigencia del agotamiento de la vía deviene en una carga excesiva o inútil,³⁵ en la misma línea que su antecedente nacional (art. 32, LNPA). A este respecto, los casos que exhibe la jurisprudencia, sobre todo nacional, son de variada gama, y se los puede sintetizar³⁶ en cuatro grupos:

(i) casos en que la Administración rechazó numerosas reclamaciones que contenían pretensiones idénticas;³⁷

(ii) medidas dispuestas por el Estado en el ámbito de determinada política estatal;³⁸

35. Art. 14, inc. 2 del CPCA.

36. Cfr. PERRINO, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, cit., ED 184-842 especialmente p. 849 y ss., a quien seguimos en todo este punto IV.

37. CNCont.Adm. Fed., sala II, *in re*, “Macera Aibe y otros c. Ministerio de Educación y Cultura, s/ Empleo público”, fallo del 1995/07/18, cit. por PERRINO en la nota 114 del referido trabajo.

38. CNCont.Adm.Fed., sala II, en la causa “Calzar SA c. Estado nacional, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, LA LEY, 1996-A, 633, con nota de GORDILLO, Agustín A., “Nuevos argumentos para la innecesidad del reclamo administrativo previo”.

(iii) supuestos en que el Estado, al contestar la demanda, no opuso la falta de un reclamo previo como defensa o excepción. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que exigir, en estos casos, el reclamo administrativo previo, constituiría un ritualismo inútil e inoperante;³⁹

(iv) cuando se plantea la inconstitucionalidad de una ley en sede administrativa, en virtud de que se considera que dicha facultad pertenece, en exclusiva, al Poder Judicial⁴⁰ y que por ende esa es la sede en que corresponde formular el planteamiento.

c) Otros supuestos.

Entre los otros casos en que no resulta necesario agotar la vía administrativa, el CPCA contempla:

(i) la impugnación directa de actos de alcance general emanados de una autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada por aquella, así como la impugnación directa de ordenanzas municipales;⁴¹

(ii) cuando se configure el silencio administrativo;⁴²

(iii) cuando la pretensión tenga por objeto la impugnación o el cese de la vía de hecho administrativa;⁴³

39. “Guerrero, Luis Ramón c. Municipalidad de Córdoba”, Fallos 312:1306 (1989) y “Pozzi, Ángel Luis c. Municipalidad de Córdoba”, Fallos 313:326 (1990).

40. “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA”, Fallos 269:243 (1967) y “Provincia de Mendoza c. Nación”, Fallos 298:511 (1977) y la causa “Calzar S.A.”, cit. en nota 30.

41. Art. 14, inc. 2, ap. b, CPCA.

42. Art. 14, inc. 2, ap. c, CPCA. Ver MUÑOZ, Guillermo Andrés, *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 26 y ss.

43. CPCA, art. 21.

(iv) la pretensión resarcitoria proveniente de la responsabilidad provincial por su actividad lícita o legítima o de hechos o vías de hecho administrativas y las pretensiones meramente declarativas y de certeza.⁴⁴

En el orden nacional, la sanción de la LNPA en 1972 implicó un verdadero retroceso garantístico, en la medida en que introdujo, por primera vez, dos instituciones entonces extrañas al contencioso-administrativo federal, como son el requisito del agotamiento de lo que la ley denomina “la instancia administrativa” y el establecimiento de plazos de caducidad para promover el proceso (arts. 23 a 25). Al propio tiempo, la LNPA (arts. 30 a 32) mantiene el régimen, aunque morigerado, de la reclamación administrativa previa, que la pretensión no tenga por objeto la impugnación o invalidez de actos administrativos (en sentido estricto).

Esta reclamación administrativa previa contemplada en la ley 3.952, de demandas contra la Nación, si bien nació para superar el principio de la indemandabilidad del Estado, de origen norteamericano, en reemplazo de la exigencia de la venia legislativa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había establecido para sortear aquella interpretación constitucional,⁴⁵ es un requisito vigente en el derecho francés para la apertura del contencioso de plena jurisdicción.⁴⁶

La mezcla de fuentes que exhibe ese cuadro normativo, que poco tiene que ver con los antecedentes de nuestro derecho federal, ha conspirado y seguirá conspirando contra la armonización del sistema procesal, habiendo generado una situación anárquica en materia interpretativa que la jurisprudencia ha zanjado, generalmente, en contra de la tutela judicial efectiva.

44 Cfr. PERRINO, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, cit., ED 184-842 especialmente p. 851.

45 MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, cit., p. 356.

46 Ver VEDEL, Georges – DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, t. 2, 12ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 151 y ss. En el proceso de plena jurisdicción presenta gran aplicación la regla de la decisión previa, que se excluye o se supera, sin embargo, en algunos casos (por ejemplo, en reclamos vinculados a contratos de obras públicas o en caso de silencio administrativo).

Cabe advertir, asimismo, que el requisito del agotamiento de la vía administrativa se halla atenuado, en la Argentina, por la utilización de la acción de amparo como proceso idóneo tendiente al pronto restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales cuando la Administración los ha violado por acción u omisión, procediendo también en el supuesto de que la acción administrativa no se hubiera consumado, siempre que esta fuera inminente.

Ahora bien: aunque en tales casos no se exige el agotamiento de la vía administrativa, una parte de la jurisprudencia, cuando se pretende el dictado de alguna medida cautelar dentro del proceso de amparo, requiere que se formule previamente un pedido de suspensión del acto administrativo que afecta los derechos del particular. Resulta evidente que una exigencia de esta índole provoca demoras indebidas en el trámite procesal de la medida cautelar y puede generar la inutilidad de la sentencia a dictarse en el amparo.

Las otras trabas que presenta el proceso de amparo para abrir la competencia del juez implican notorias restricciones al acceso jurisdiccional, dado que mientras, por un lado, se ha exigido, en algunos supuestos, la demostración de que no hay otros remedios administrativos o judiciales para restablecer los derechos constitucionales o impedir su violación (lo cual configura una prueba difícil de producir), por el otro, se requiere como requisito habilitante del amparo que la violación de los derechos y garantías constitucionales adolezca de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” (lo cual deja fuera de la protección judicial los supuestos en que el vicio no surja del propio acto).

Con todo, el amparo, cuando ha funcionado, constituye un remedio eficaz para realizar con prontitud la tutela judicial de derechos constitucionales vulnerados, y en la práctica, aunque la sentencia que se dicta hace cosa juzgada exclusivamente respecto del amparo, la Administración suele corregir la arbitrariedad en que ha incurrido, sin que sea necesario acudir al proceso contencioso-administrativo ordinario.

Volviendo al agotamiento de la vía administrativa, la situación descrita ha fomentado, en los hechos, un nivel de litigiosidad mayúsculo,

dado que al requerirse que el acto cause estado,⁴⁷ surge la paralela exigencia de recurrir en tiempo y forma todos los actos administrativos que resuelvan peticiones finales o de fondo, trasformando la sede administrativa en una instancia jurisdiccional.

Si a ello se le agrega que, para acudir a la justicia, hay que interponer la demanda de unos fatales plazos de caducidad, muchas veces exiguos, se puede comprender cuánta razón tiene GONZÁLEZ PÉREZ al propiciar el carácter optativo de los recursos administrativos.⁴⁸

47. La exigencia de que el acto cause estado como requisito de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa es de origen español y proviene de la llamada “Ley Camacho”, de 1881. Anota García de Enterría: “A partir de ese momento se inicia la diferencia en nuestro derecho entre los conceptos de ‘firmeza’ y de ‘causar estado’: un acto administrativo que no causa estado por proceder de órganos inferiores de la jerarquía alcanza, sin embargo, ‘firmeza’ tanto frente al particular que deja vencer los plazos de alzada contra él, como frente a la Administración, para la cual se hace, desde el mismo momento de dictarse, definitivo e irrevocable” (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La configuración del recurso de lesividad”, *Revista de Administración Pública*, nro. 15, Madrid, ..., 1954, p. 144 y ss.). Por esta causa, aunque ambos requisitos procesales sean hijos del dogma revisor, lo cierto es que no hay que confundir (defecto en que incurre gran parte de la doctrina y jurisprudencia) el recaudo de la decisión previa del derecho francés con el agotamiento de la vía administrativa, proveniente del derecho español. Sobre cómo jugaba la exigencia de “causar estado” en España, incluso antes de la Ley Santamaría de Paredes, se puede ver ABELLA, Fermín, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, cit., ps. 67 y 567 y ss.

48. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La Constitución y la reforma...”, cit., p. 52 apunta al respecto: “Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, se ha de admitir la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieran resultado lesionados. Si bien cabe admitir la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, se ha de admitir la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil. Y, por supuesto, no tiene sentido establecer

En lo que atañe al derecho de Hispanoamérica, se puede advertir que, con excepción de Méjico, donde se asigna carácter potestativo a los recursos administrativos como regla general,⁴⁹ el requisito del agotamiento de la vía administrativa se encuentra impuesto en las legislaciones administrativas de Venezuela,⁵⁰ Colombia⁵¹ y Costa Rica, adquiriendo en Perú *status* constitucional.⁵² En los Estados Unidos, si bien la doctrina ha debatido acerca de su configuración, se reconocen numerosas excepciones (en la misma línea que las que se dan en nuestro país para eximir del reclamo administrativo previo en el orden nacional)⁵³ existen dos grandes barreras previas: el requisito de que el obrar impugnado se encuentre maduro (*ripeness*)⁵⁴ y la concepción de la llamada “jurisdicción administrativa primaria”,⁵⁵ aplicable a la actividad de las agencias reguladoras.

En definitiva, el requisito del agotamiento de la instancia carece de toda base constitucional y resulta opuesto, al menos como regla generalizada aplicable a todos los supuestos, al principio de la tutela judicial efec-

un sistema de recursos sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa. Un único recurso administrativo y potestativo”.

49. Art. 83 de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos y art. 29 de la Ley del Tribunal Contencioso-Administrativo del Distrito Federal.

50. Art. 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y arts. 84.5 y 124.2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Venezuela, que regula la jurisdicción contencioso-administrativa.

51. Art. 135 del Código Contencioso-Administrativo.

52. Art. 148 de la Constitución del Perú.

53. TAWIL, Guido S., *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 110.

54. Como lo explica SCHWARTZ, Bernard, en su clásica obra *Administrative Law*, 3ª ed., London, Little, Brown & Company, 1991, p. 561, cit. por PERRINO, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, cit., ED 184-842 especialmente p. 835.

55. Ver AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración. Con especial referencia al ente regulador de la energía eléctrica”, en AAVV, *Anuario de Derecho Administrativo de la Universidad Austral*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 193 y ss.

tiva, que reclama tanto el acceso irrestricto a un juicio pleno como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso-administrativo.⁵⁶

V. UN CAMBIO PARADIGMÁTICO: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha impuesto un giro copernicano al planteo tradicional que exhibía el derecho comparado (y que aún se mantiene en diversos ordenamientos) que, sobre la base del reconocimiento de la llamada auto-tutela declarativa, legitimaba la exigencia de agotar la vía administrativa para poder acceder a la justicia, con fundamento en una serie de principios tales como eficacia, eficiencia y buena administración.

Si bien el legislador entendía que, con dicha exigencia, la propia Administración podía defender el acto administrativo impugnado, declarar su invalidez o modificarlo, evitando comparecer ante la justicia, lo cierto es que la regla del agotamiento se erigía en un formidable privilegio a favor de la administración que conculcaba el principio de igualdad de las cargas procesales y la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en el caso “*Fonseca Ledesma*”,⁵⁷ consideró que, a la luz de la supremacía de la Constitución y de la mayor jerarquía y vinculación de los derechos fundamentales (la Corte habla de la eficacia expansiva y progresiva y de la interpretación más favorable), el carácter preceptivo u obligatorio de la regla “riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida –ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igual-

56. En igual sentido, ver el excelente artículo de SORIA, Daniel Fernando, “El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la provincia de Buenos Aires”, cit., p. 53 y ss.

57. Se trató de un proceso ordinario promovido por William FONSECA LEDEZMA contra Gerardo BOLAÑOS ALVARADO, Claudia REYES SILVA y el Estado, resuelto con fecha 15 de marzo de 2006.

dad, puesto que (sólo en el proceso contencioso-administrativo) ... se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional...” al agotamiento de la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos ordinario correspondientes.

El Alto Tribunal costarricense enfatiza en el sentido de que la violación de la tutela judicial efectiva deriva de los siguientes aspectos:

- a) el hecho de que los recursos administrativos no logran que los superiores jerárquicos modifiquen o revoquen las decisiones adoptadas por los órganos inferiores. Puntualiza, al respecto, que es algo así como pretender “*sacar agua de un pozo seco*”, transformado el procedimiento previo a la instancia judicial en una pesada carga para el administrado;
- b) las demoras que dilatan la decisión de fondo en el procedimiento administrativo, lo cual prolonga –en forma indefinida– el acceso a la justicia; y,
- c) la sumatoria de este último plazo (el necesario para agotar la vía administrativa) con el término de duración de los procesos en lo contencioso-administrativo, sumatoria que, en definitiva, genera una justicia tardía.

Adquiere relevancia, a su vez, la fundamentación concerniente al principio de igualdad, cuyo contenido refuerza la tesis garantística que se encuentra en la entraña del principio de la tutela judicial efectiva. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló que:

“En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la auto-tutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los órdenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración

que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados”.⁵⁸

La línea inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mantenida en sentencias posteriores,⁵⁹ alcanzó consolidación parcial en el Código Procesal Contencioso administrativo de dicho país que entró en vigencia el 1º de enero de 2008. En este último ordenamiento, se sienta el carácter optativo de la regla del agotamiento como principio general que sólo hace excepción en materia municipal y de contratación pública.⁶⁰

En Argentina, muchos administrativistas se han volcado a favor de la tendencia tendiente a suprimir la regla del agotamiento de la vía administrativa o, al menos, atenuarla, basados en que su subsistencia conculca el principio de la tutela judicial efectiva, de base constitucional y supra-constitucional.⁶¹

58. Considerando V de la sentencia “*Fonseca Ledezma*”.

59. Resoluciones Nos, 10.263 del 19 de junio de 2008 y 13.022 del 27 de agosto de 2008.

60. JIMÉNEZ MEZA, Manrique y otros, *El nuevo proceso contencioso administrativo*, ed. Poder Judicial, Escuela del Poder Judicial, Costa Rica, 2006, p. 129, cit. por ZUÑIGA BOLAÑOS, Heidy, *El agotamiento preceptivo de la vía administrativa en la contratación administrativa*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Curso a cargo del Prof. Jorge Enrique ROMERO PÉREZ, Costa Rica, 2008, p. 15.

61. Vid. AGUILAR VALDEZ, Oscar R., *El agotamiento de la vía administrativa y la tutela judicial efectiva: una evaluación general del sistema de la ley 19.549 a treinta años de su vigencia*, en la obra colectiva *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Director

Ese vuelco encuentra apoyo en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH– expuesta en el caso “*Palacios*”⁶² en el que sostuvo que la exigencia de un recurso de revocatoria,⁶³ contra un acto administrativo cuando de la máxima autoridad administrativa que había resuelto el fondo del asunto, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizado por los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶⁴

En conclusión, la CIDH y en época reciente, de un modo más asertivo, la Corte Suprema de Costa Rica han establecido un nuevo paradigma. Esta última, sintonía con la doctrina que venía bregando por la supresión o atenuación de la regla del agotamiento declara que la mencionada regla es inconstitucional, por violación de la tutela judicial efectiva y de otros principios constitucionales, como el de igualdad de cargas procesales, con lo que el requisito de agotar la instancia, en el que descansaba el sistema, ha pasado a ser opcional y no obligatorio o preceptivo. La consecuente primacía constitucional se ha impuesto así como los principios del Estado de Derecho. Más aún, han salido ganando los justiciables con esta nueva conquista del derecho público.

Juan Carlos CASSAGNE, Jornadas de la UCA, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 367 y ss.

62 Informe de la CIDH N° 105/99, caso *Palacios Narciso c/ Argentina* (N° 10.194).

63. Requisito exigido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

64. Véase: BOTASSI, Carlos A., *Habilitación de la instancia contencioso-administrativa y derechos humanos*, La Ley 2000-F-594, anota, con acierto, que “La decisión de la CIDH posee una extraordinaria importancia porque denuncia la ilegitimidad de las trabas rituales, inconsecuentes y superfluas que impiden contar con una defensa efectiva de los derechos esenciales, o, en el mejor de los casos, postergan extraordinariamente los ya morosos trámites judiciales. Asuntos tales como la obligación de recurrir el acto definitivo emanado del órgano superior con competencia decisoria, los plazos breves de caducidad, la exigencia irrestricta del pago previo a la demanda judicial, la legitimación limitada a los titulares de derechos subjetivos, la invocación de actos de gobierno, institucionales o no justificables, la exclusión del control de discrecionalidad, y otras medidas y pseudo-instituciones restrictivas que aparecen en las leyes y en la jurisprudencia clásica, deben ser revisadas y ajustadas a la nueva realidad de las normas constitucionales”.



Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional

Por Pedro Aberastury y E. Patrizia Gottschau***

I. EL NUEVO CONTEXTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

A fines del siglo pasado, el nivel de intercambio de información, producto de las nuevas herramientas informáticas, permitió estar al tanto de lo que sucedía en los distintos países del globo prácticamente en tiempo real, y ello tuvo una gran influencia no solo en el intercambio de información sino en las relaciones a nivel internacional.

Por otra parte, y en forma paralela, nos hemos encontrado con un auge del derecho internacional público, que se evidenció a partir de la constitución de la Sociedad de las Naciones y, luego de la segunda guerra, a través de las Naciones Unidas donde se crearon numerosos organismos con competencia transnacional. Todo ello debido a la suscripción de tratados, en cantidad nunca vista en siglos anteriores, que le dieron nueva vida a esta rama de la ciencia del derecho, regulando no solo el intercambio comercial entre los Estados sino aspectos relacionados con el medio ambiente y la Tutela de los Derechos Humanos, entre otros.

En el tema que nos ocupa, se advierte una concientización respecto del alcance y respeto a los derechos humanos lo que ha llevado a los países

* Doctor de la. Universidad de Buenos Aires, área Derecho Administrativo. Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Administrativo –U.B.A.–. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano, Bs. As.

** LLM en Derecho Administrativo, Universidad de Hamburgo-Alemania. Diploma en Administrative Law I y II, Holborn College, University of Wolverhampton. London. Profesora de Derecho Administrativo –Univ. De Belgrano–.

a suscribir Pactos cuyo objetivo es la defensa de estos derechos como una búsqueda de respetar los derechos fundamentales de las personas que lo habitan consagrando a la Tutela Judicial Efectiva como un principio a respetar en las naciones civilizadas.

Sin embargo, la situación que se presenta es por demás compleja y se reconoce la trascendencia de estos ordenamientos desde distintas perspectivas y lo que se expondrá en el presente trabajo es la *modalidad y alcance de la infiltración* que se ha operado en el derecho administrativo por parte del derecho internacional público y, más precisamente, en el derecho procedimental administrativo nacional pues, se considera, que es en esta materia donde puede tutelarse en mayor grado el derecho a la Tutela Judicial Efectiva.¹

Por una parte, podemos advertir la influencia de las reglamentaciones que dictan los organismos internacionales y por ende su ingerencia, en cuanto a su aplicación por parte de los Estados, como también la traspolación de las garantías de derechos humanos tutelados en los tratados respecto de los ordenamientos locales de los Estados suscriptores de los Pactos.

El paradigma de esta evolución de los sistemas jurídicos lo encontramos en los países que integran la Unión Europea en la medida que los organismos internacionales que regulan esta Unión dictan reglamentaciones cuya aplicación, cumplimiento y respeto se encuentran obligados sus Estados miembros y, para ello, muchas veces deben adaptar su normativa local a tal fin. Asimismo, tienen una gran importancia como factor regulador y de transformación la jurisprudencia que emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sede en Luxemburgo)² como también el

1. Así, se ha expresado que: “La Ciencia Jurídica va a transformarse necesariamente en una Ciencia Jurídica Transnacional, debido al abordaje creciente de asuntos y de estructuras extranjeras” Sommermann, Karl-Peter, La importancia de la Comparación jurídica para la evolución del Derecho Público en Europa, Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina, Nro (2005), Bs As., pag. 546. En nuestro país, Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, ed. Marcial Pons, Bs As, 2009, pag. 97 y ss.

2. Anteriormente, se lo denominó Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hasta la entrada en vigor, el 1º de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa que pasó a denominarse «Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Fue creado en 1952

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también denominado Tribunal de Estrasburgo).³

Así podemos afirmar que las garantías contenidas en los Tratados repercuten en forma directa en el derecho administrativo nacional, de tal forma que los derechos allí reconocidos y la interpretación que de los mismos realizan los tribunales de justicia internacionales posibilitan al individuo el acceso a mayores garantías que antes les estaban negadas.

Conforme a ello, estos nuevos derechos, que repercuten sobre los derechos administrativos nacionales, tienen por finalidad proteger al individuo del accionar arbitrario del Estado a través de la morigeración de la discrecionalidad administrativa y despegando al procedimiento administrativo de toda base privatista para tornarla en publicista.⁴

En esta evolución observamos que el derecho internacional público es conexo con el derecho administrativo y ambos deberían ser estudiados unificadamente en cuanto la aplicación que se realiza de estos ordenamientos y la interpretación que de dichas normas realizan los tribunales internacionales.

en virtud del Tratado CECA. Tiene su sede en Luxemburgo. Sus competencias fueron ampliadas en 1999 con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. Su objetivo es garantizar que la legislación de la UE se interprete y se aplique del mismo modo en todos los países miembros pudiendo resolver conflictos legales entre Estados miembros, instituciones de la UE, empresas y particulares.

3. El Tribunal Europeo surgió de *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950. Tiene su sede en Estrasburgo, Francia y es una institución permanente y principal que se encarga de proteger los derechos humanos en Europa.

4. "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 más 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" ABERASTURY, Pedro, *La influencia del Derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al Derecho Administrativo argentino en Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Coordinador Juan Pedro Machado Arias, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, pág. 59.

Dentro de esta breve sinopsis que realizamos se extrovierten las distintas ópticas a través de las cuales puede ser tratado el derecho administrativo, lo que permite advertir que se encuentra en pleno cambio pero ya no en relación a su temática sino en relación a su adaptación a la existencia de nuevas normativas internacionales que provienen no solo de los Tratados sino de los organismos internacionales, que emiten reglamentaciones que son aplicables a los Estados.

II. EL DENOMINADO DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBALIZADO

La globalización es un término demasiado genérico que comprende tanto los procesos económicos, tecnológicos, sociales y culturales que se producen debido a las herramientas de comunicación y por tanto de conocimiento y que afecta a los Estados, trascendiendo las barreras nacionales de tal manera que hechos que se producen en un lugar del mundo pueden afectar a otros. De esta manera, el derecho, como instrumento indicador de un determinado comportamiento de una cultura determinada en un momento dado, no está exento de esta nueva trascendencia internacionalizante y en lo que aquí nos ocupa, se observan que reglamentaciones que determinan una actuación del Estado son exportadas a otros países sin vislumbrar si las mismas pueden ser aceptadas en razón de su propia cultura o naturaleza o por el régimen constitucional que las gobierna.

Con estos reparos, podemos realizar el abordaje de este tema observando la existencia de normativas que deben ser aplicadas por los Estados que no han sido generados por ellos sino que son fruto de un consenso como pueden ser los Tratados suscriptos y, en otras ocasiones, por las reglamentaciones que provienen de las propias organizaciones internacionales al regular distintos procedimientos, necesariamente los alcanza y, por tanto, debe ser respetada por los Estados y muchas veces se prevé su incorporación a los ordenamientos internos nacionales.

No pretendemos en este trabajo ocuparnos del denominado “derecho administrativo global” porque excedería sus límites,⁵ en la medida

5. cfr. Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico, Stewart, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global, en *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, ed. RAP, BS As, 2009, pág. 21 y ss.

que allí se focaliza en el estudio de *la sistematización de los distintos marcos nacionales, transnacionales e internacionales que tienen relación con el derecho administrativo de la gobernanza global*. Es decir, bajo este aspecto se estudian las interdependencias globalizadas en diversas áreas, tales como la seguridad, el desarrollo, su asistencia financiera, la regulación bancaria y financiera, los movimientos transfronterizos, etc. Según nuestra opinión, bajo esta concepción se estudian los diversos componentes regulatorios que pueden tener incidencia en otros países y se busca el consenso y el cumplimiento de las normativas mediante creación de órganos transnacionales que desarrollan funciones administrativas, y a través de agrupamientos informales que tienen por finalidad el velar por su cumplimiento.⁶

De por sí, el estudio de esta temática es por demás interesante en la medida en que los ordenamientos locales deben cumplir con las mismas a través de regulaciones específicas sobre estos temas. Así se ha definido “el derecho administrativo global como aquel que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban”.⁷

O sea que este enfoque se encuentra dirigido al cumplimiento, en los ordenamientos locales, de estas regulaciones, en la medida en que se presupone la existencia de una administración global o transnacional.⁸ Mas específicamente, bajo este enfoque lo que se busca es que un determinado país cumpla con estos ordenamientos en relación a otro país y, de esta

6. BARNES, Javier, Reforma e innovación del procedimiento administrativo en *La transformación del procedimiento administrativo*, Editor Javier Barnes, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pág. 48.

7. Cfr. Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico, Stewart, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global, op. Cit. Pág. 24.

8. CAPUTI, Claudia y SALVATELLI, Ana, Manifestaciones de la globalización en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el derecho administrativo en *Suplemento Extraordinario Administrativo*, Dir. Agustín Gordillo, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 146.

forma, los individuos afectados puedan disponer de un procedimiento administrativo de control y transparencia que permita la defensa de sus intereses dentro de este marco globalizado.⁹

Así, por ejemplo, los tratados bilaterales existentes de protección de inversiones y su sistema de solución de controversias¹⁰ son un mecanismo de gobierno global que inciden en los Estados miembros creando un nuevo marco normativo.¹¹

De lo que se trata, entonces, es del enfoque que se le quiere otorgar a este nuevo marco,¹² recalando que no se trata de conceptos divergentes, los que vamos a examinar en el presente trabajo, sino precisar en un aspecto determinado en cuánto puede afectar al derecho administrativo local si se centra su estudio en el individuo para que pueda vivir en una sociedad más justa a través del respeto de una serie de valores que puedan ser reconocidos globalmente, como valores esenciales de respeto de la vida humana como tal.

El problema sencillamente así planteado es complejo, ya que habrá que discernir si los derechos que emanan de los tratados tienen una aplicación directa e inmediata al derecho administrativo nacional y cuál sería la consecuencia en la protección de los derechos del individuo; más precisamente y en el contexto latinoamericano cuáles podrían ser aquellas garantías mínimas que el individuo puede invocar cuando se trata de su relación con el Estado y cuáles serían los derechos que deberían encontrarse tutelados en el procedimiento administrativo, pues este es “la Administración pública en Acción”.¹³

9. Gordillo, Agustín, Hacia la unidad del orden jurídico mundial, en *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, ed. RAP, BS As, 2009, pág. 110.

10. Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, ed. Marcial Pons, Bs As, 2009, pág. 145.

11. Cfr. Aguilar Valdez, Oscar R., Sobre las Fuentes y Principios del Derecho Global de las Contrataciones Públicas, *Derecho Administrativo, Revista de doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Director: Juan Carlos Cassagne, Nro 75, Bs. As., 2011, ed. Abeledo Perrot, pág. 3

12. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, El Derecho Administrativo Global: un derecho principal, en *Revista Administración Pública*, Bs. As. nro 377, pág. 11

13. BARNES, Javier, Reforma e innovación del procedimiento administrativo en *La transformación del procedimiento administrativo*, Editor Javier Barnes, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pág. 15.

Es necesario, entonces, hacer referencia a que en un mundo globalizado, la suscripción de Tratados internacionales permite asegurar la existencia y observancia de determinadas reglas que se tornan de cumplimiento obligatorio por parte de los Estados y este nuevo ordenamiento internacional tiene sus fuentes tanto en el Tratado en sí mismo como en los organismos internacionales creados por este.

III. LA APLICACIÓN DEL *IUS COGENS* EN EL DERECHO ARGENTINO

La reforma producida en 1994 a la Constitución argentina de 1853/60 incorporó a su ordenamiento interno el art. 75 inc. 22 que le asigna al Congreso de la Nación las siguientes facultades:

“22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego

de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Esta recepción en el derecho interno de los Tratados internacionales y la expresa mención que tienen una jerarquía superior a las leyes, en las condiciones de su vigencia, permite afirmar que en el ordenamiento argentino, la regulación internacional tiene una directa aplicación, tanto en el ordenamiento federal como provincial, atento el régimen de gobierno que la rige (cfr. Art. 1) y la prevalencia normativa de la Constitución federal respecto de la de las provincias, conforme el art. 5¹⁴ y la jerarquía de las normas establecidas en el art. 31.¹⁵

Conforme con las normas constitucionales citadas, podemos extraer estas primeras conclusiones para el derecho argentino:

1. Los tratados internacionales son ley suprema de la Nación.
2. Los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes en las condiciones de su vigencia.
3. Los instrumentos mencionados en el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75 tienen jerarquía constitucional, y se complementan con los derechos y garantías reconocidos en la Primera Parte de la Constitución.

14. El mismo expresa: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria”.

15. El art. 31 de la Constitución Nacional dispone: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859”.

El constituyente de 1994 otorgó, entonces, dos alcances a estos ordenamientos internacionales: a) en forma general colocó los tratados internacionales en un plano superior a la ley, y b) a algunos de estos instrumentos los consideró integrados a los derechos y garantías reconocidos en la Norma Fundamental.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa *Monges*¹⁶ tuvo oportunidad de interpretar la incorporación de los Tratados realizados al texto constitucional por el art. 75, inc. 22, recordando conforme el referido texto que aquellos «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos» por lo que concluyó que “Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”. Continuó expresando: “22) Que, de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución – entre ellas, el inc. 19 del art. 75– aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”.

Haciendo referencia, en consecuencia, a los Tratados expresamente mencionados en el segundo párrafo del citado artículo, observamos la existencia no solo del resguardo de los denominados derechos fundamentales sino, en lo que es punto de estudio en nuestra disciplina, el reconocimiento de regulaciones que deben ser respetadas por los ordenamientos normativos jerárquicamente inferiores a ella como sucedió en el precedente reseñado.¹⁷

16. *Monges*, Analía M. c/ U.B.A. -resol. 2314/95 del 26-12-1996; Fallos: 319: 3148.

17. BOTASSI, Carlos, Derecho administrativo supranacional en *Suplemento Extraordinario Administrativo*, Dir. Agustín Gordillo, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 102.

De acuerdo con lo expuesto, se observa que la aplicación directa al ordenamiento interno de la regulación contenida en los mismos no podría ser objeto de discusión y, en realidad, lo que podría ser materia de interpretación son las condiciones de vigencia del ordenamiento en cuestión, en relación a las reservas que la Argentina pudiera haber realizado en el momento de suscribir los mismos.

Conforme a ello, trataremos de establecer cuál sería el derecho aplicable al procedimiento administrativo como norma de *ius cogens*, en la medida que emana de los tratados y considerando que ella es aplicable en forma obligatoria sin que pueda existir un acuerdo en contrario de los Estados, y sin dejar de considerar a las restantes fuentes tradicionales del derecho internacional público, tales como la costumbre internacional o los principios generales, entre otras.¹⁸ Es decir, cuáles serán las normas de naturaleza imperativa que, por producto de los Tratados, los países suscriptores de los mismos deben cumplir teniendo en consideración que estas generan obligaciones *erga omnes* y, en particular, en relación a la Argentina como país que ha incorporado a su ordenamiento constitucional a aquellos Tratados mencionados en el art. 75 inc. 22, integrándolos a los derechos y garantías tutelados en la Constitución.

De esta manera, consultando las principales directivas que se encuentran en los instrumentos mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, señalaremos la existencia de una serie de derechos y garantías que tienen aplicación imperativa en el procedimiento administrativo nacional en virtud de su incorporación por mandato constitucional, cuyo desconocimiento podría originar la responsabilidad internacional del Estado y con especial referencia al derecho procedimental administrativo, por violación de un derecho de tal naturaleza y que, por tanto, se pueden extrapolar al procedimiento administrativo vigente en los distintos países latinoamericanos, sin olvidar que cualquier mención de naturaleza comparatista tiene que verificar el ordenamiento constitucional nacional y las reservas del país al momento de suscribir los correspondientes Pactos.¹⁹

18. Ver SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, 11 ed., México, 2010, págs. 149 y ss.

19. Ver el caso Uruguayo, en: ROTONDO, Felipe, *Diversas fuentes del Derecho Administrativo. Los tratados en Estudios de Derecho Administrativo – 2010- N° 1*, Dir. Augusto Durán Martínez, La Ley, Uruguay, 2010, pág. 417.

Así, podemos adelantar que la Corte IDH ha considerado este aspecto en cuanto a la violación de derechos que considera fundamentales y que asumen el carácter de *ius cogens*, tal sería la posibilidad del acceso a la justicia –Ver voto razonado del Juez Antonio Canòado Trindade en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú.²⁰

Por lo que se suma a la discusión, ya no en cuanto a la normativa emanada del Tratado sino en cuanto a la interpretación que realice de ella aquellos organismos creados por esta Convención y su aplicación al ordenamiento interno del Estado parte tanto en un caso que sea demandado el Estado sino en relación a los precedentes originados en pleitos con otros Estados.

Conforme a ello, podemos referir que, en cuanto al acceso a la justicia, los Tratados incorporados en el art. 75 inc. 22 de la CN prevén aspectos que es necesario mencionar. Así, podemos referir que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,²¹ en el Artículo XVIII previó el derecho al acceso a la justicia²² e, igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948,²³ prevé en su Artículo 8 el derecho a un recurso efectivo por la violación de sus derechos fundamentales.²⁴

20. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 11 y ss. Cita del Caso Goiburú y Otros versus Paraguay (Sentencia del 22 de septiembre de 2006).

21. 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).

22. “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”. Consecuentemente, en el Artículo XXIV estableció que: “²²Toda persona tiene derecho representar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el obtener pronta resolución”.

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

24. “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”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁵ que entrara en vigor el 23 de marzo de 1976, estableció en su Artículo 2 no solo el derecho a un recurso efectivo sino a que el Estado emita las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el mismo.

Concordantemente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶ (llamada Pacto de San José de Costa Rica) dispuso que los Estados Partes tienen el deber de adoptar disposiciones de derecho interno a efectos del respeto de todos los derechos y libertades por ella reconocidos (Cfr. Art.1 y 2 de la Convención cuya lectura debe ser realizada conforme lo dispuesto en el artículo 8, inc. 1. y 25). Estas garantías han sido interpretadas como que se amplían a todos los derechos tutelados por la Convención conforme el precedente Baena, de la Corte IDH.²⁷

Por otra parte, el Artículo 68 previó el cumplimiento obligatorio de sus decisiones, siendo materia de interpretación si el precedente es obligatorio no solo para el Estado demandado sino para todos aquellos suscriptores del mismo. En uno de los primeros antecedentes, luego de la Reforma de 1994, el caso *Giroldi*, del 7 de abril de 1995,²⁸ la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina estableció que la jerarquía constitucional otorgada a los instrumentos en materia de derechos humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia”. Y otorgó a esta frase un alcance mucho más amplio del imaginado por la doctrina y que se limitaba al reconocimiento del efecto de las reservas al momento de ratificación de un tratado. En este sentido, la Corte considera que los instrumentos de derechos humanos “jerarquizados” rigen en el ámbito interno de la misma forma en que rigen en el ámbito internacional, es decir “considerando particularmente su efectiva aplica-

25. 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.

26. 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/II.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992).

27. sentencia del 2 de Febrero del 2001 Serie C 72.

28. Rev. E.D. t. 163, pág.161.

ción jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

A su vez, en uno de los últimos casos de naturaleza penal, en el caso *Simón*, del 14-06-2005,²⁹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación no solo consideró que las obligaciones impuestas en los tratados deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento a las normas del derecho interno y las considera como principios generales (ver consid. 18) en un todo de acuerdo con las normas imperativas emanadas de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, en cuanto el art. 26 dispone que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y, concordantemente con el art. 27 que dispone que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

No escapa a nuestro conocimiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reivindicó la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos al derecho interno expresando que “debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”.³⁰

29. Fallos:328:2056.

30. Así, en el considerando 9 de la causa citada expresó que “La jurisprudencia y la doctrina constitucionales no parecen estar de acuerdo acerca de si los tratados internacionales con jerarquía constitucional tienen, en rigor, esa misma jerarquía u otra inferior (causas «Petric» Fallos: 321:885; A.533.XXXVIII «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros», y E.224.XXXIX «Espósito, Miguel Angel s/ incidente de la prescripción penal», pronunciamientos del 24 agosto y 23 de diciembre de 2004, respectivamente). Asimismo, expresó que “De tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aqueélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución (causa «Monges» Fallos: 319:3148, considerandos 20, 21 y 22)”. Esta doctrina fue reiterada en la causa «Petric» Fallos: 321:885.

En cuanto al alcance de los derechos y garantías establecidos en los precedentes emanados tanto de la Corte IDH como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el alcance fue posteriormente ampliado no solo a la actividad específica de tipo jurisdiccional de la Corte IDH, sino también a la actividad consultiva y a la desarrollada por órganos no jurisdiccionales del sistema, como la Comisión Interamericana a través de sus informes, tales los casos *Bramajo*, del 12/9/96, *Arce*, del 14/10/97, y *Acosta* del 22/12/98, entre otros.³¹

De esta forma, nuestros tribunales están obligados a conocer y aplicar las garantías y derechos consagrados, con los alcances interpretativos que sobre ellas vienen realizando los organismos internacionales competentes.

IV. EL DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En la Unión Europea ha tomado importancia el llamado Derecho Administrativo Europeo. Se afirma que se encuentra en estado de formación o evolución, llegándose a afirmar que el Derecho administrativo europeo constituye uno de los principales retos actuales.³²

Se evidencia, así, la relevancia del derecho administrativo pues concretiza la aplicación de las normas constitucionales y, especialmente, el procedimiento administrativo evidencia el resguardo o la alteración de estos derechos.

En este proceso de formación o creación, “el factor más relevante para el nuevo papel asumido por los procedimientos administrativos ha sido, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la elaboración de los principios generales de Derecho comunitario, muchos de los cuales son específicamente principios sobre el procedimiento.”³³ Se trata, en la especie, de la búsqueda de aquellos princi-

31. Aberastury, Pedro, *La Justicia Administrativa*, ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2006, pag. 51.

32. González-Varas Ibañez, Santiago, *El Derecho Administrativo Europeo*, 3ª ed., Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005, Sevilla, pag. 34 y autores allí citados.

33. Chiti, Mario, *Derecho Administrativo Europeo*, Madrid, 2002, 1ª ed. Ed. Civitas, pág. 240

pios generales del procedimiento administrativo y de la justicia administrativa y su armonización con el derecho administrativo nacional.³⁴

Así el autor citado menciona que un papel relevante en el desenvolvimiento de este nuevo procedimiento lo ha sido la reelaboración comunitaria de principios análogos provenientes del derecho positivo o de los estados miembros como también de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la medida que ha interpretado extensivamente el art. 6 inc. 1 del convenio Europeo de Derechos Humanos en cuanto allí se establece el derecho de toda persona a ser oída equitativa y públicamente, en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial aplicando este principio a todo tipo de procedimiento. Así, pueden mencionarse una serie de principios relevantes que sobresalen, tal como el principio de legalidad, previsto implícitamente en los arts. 220 y 230 del TCE ya que lleva por consecuencia el sometimiento del Estado al Derecho en general y no necesariamente a la ley, lo cual traduce que en la actividad administrativa debe siempre encontrarse una base jurídica en los Tratados y en el Derecho derivado.³⁵

Por otra parte se puede mencionar como principios aplicables al procedimiento administrativo el principio de igualdad, que surge del art. 12 del TCE, que comprende el principio de no discriminación, el principio de la proporcionalidad que ha tenido una gran influencia en el derecho administrativo alemán y la obligación de motivar los actos administrativos como una cuestión que permita alejar todo atisbo de arbitrariedad en el accionar estatal.³⁶

La Corte IDH, en relación a las garantías contenidas en el art. 8 de la Convención, en la Opinión Consultiva 11/90 en el párrafo 28, sostiene: “En materias que conciernen con la determinación de los derechos y obli-

34. Cfr. ROHL, Hans C., El procedimiento administrativo y la Administración <compuesta> en la Unión Europea en *La transformación del procedimiento administrativo*, Editor Javier Barnes, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pág 113.

35. Chiti, Mario, Derecho Administrativo Europeo, op. Cit, pág. 242, con cita del precedente Höchst AG (As. Ac. 46/87 y 227/88, del 3421.9.1989).

36. Sentencia Nolt, As. C-18/57 del 20.3.59, S. As. T-174/95 del 17.6.1998 y S. As. C 350/88 del 14.2.1999)

gaciones 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”.

Conforme a lo expuesto, deberemos apreciar la doctrina de cuáles precedentes de la Corte IDH pueden ser aplicados de manera directa al derecho administrativo y, más específicamente al procedimiento administrativo ya que, consideramos que se debe analizar dentro de un conjunto equivalente.³⁷

En el caso “*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*”, la Corte IDH dijo: “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”.³⁸

Este criterio es reiterado en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, párrafos 103 y 104, la Corte IDH sostuvo: “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 esta-

37. “Es perfectamente posible que un sistema deductivo pueda ser axiomatizado de distintas maneras, es decir, de distintas bases. Pero cada una de esas bases tendrá forzosamente las mismas consecuencias, ya que son axiomatizaciones del mismo sistema deductivo. Estas bases axiomáticas son, pues, equivalentes. Podremos generalizar la noción de equivalencia diciendo que dos conjuntos de enunciados son equivalentes si, y solo si, sus consecuencias son las mismas. Esta definición es aplicable tanto a sistemas como a bases axiomáticas, ya que tanto unos como otras son conjuntos de enunciados. De lo cual se sigue que dos sistemas equivalentes son idénticos y que dos o más bases equivalentes determinan el mismo sistema (ya que tienen las mismas consecuencias)”. ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Ed. Astrea 4ª reimpresión, Buenos Aires, 2002, pág. 88.

38. sentencia del 2 de Febrero del 2001 Serie C 72.

blecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en estos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo”.

Así, como lo sostiene Machado,³⁹ de la mención de estos casos “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”.

V. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EMERGENTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL

La Corte IDH ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

Por consiguiente, el típico acto discrecional de un Estado que impida a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación a la Convención.

39. MACHADO, Juan P., El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Coordinador Juan Pedro Machado Arias, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, pág. 152.

Desde el análisis de los casos más notorios de la Corte IDH, que inciden en forma mediata y a veces inmediata en el Derecho Administrativo Nacional y sus principios, podemos mencionar los artículos 1.1, 2, 8.1., 8.2., 21, 24, 25, 29 cuyas garantías se encuentran anidadas a su preámbulo.⁴⁰ (ver infra)

A tal efecto es dable recordar que un estado es absoluto pero que puede quedar obligado por alguna norma que el no crea, así Hatschek, siguiendo a Walz, ha señalado que el derecho internacional y el derecho interno son de naturaleza diferente; y que en el derecho internacional no hay una voluntad superior que imponga el derecho, los estados coordinadamente crean las normas por legislación paralela o por reglas internas consuetudinarias que se vuelven reglas internacionales de conducta.⁴¹

En la teoría de la coordinación y la voluntad colectiva de Triepel, que funda el derecho internacional sobre la voluntad colectiva de los estados, así dice que existe el contrato común y la “Vereinbarung”, o sea un número de voluntades concurrentes hacia el mismo fin. Continúa diciendo, que

40. PREÁMBULO Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional; reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.

41. Hatschek, Walz, Esencia del derecho internacional; ed. Logmans, 1º ed. , 1923.

lo que surgió mediante la voluntad común sólo puede desaparecer mediante un cambio de la misma voluntad común, nunca con el cambio de una voluntad individual de la que formaban la voluntad común.⁴²

En tal sentido, resulta necesario resaltar la reserva realizada por la Nación Argentina a la Convención al suscribir la misma: "... El artículo 21 queda sometido a la siguiente reserva: *El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', ni lo que éstos entiendan por 'indemnización justa' y efectúa el siguiente reconocimiento de Competencia. En el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, [subrayado añadido] con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación. Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención solo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento".⁴³*

Podemos afirmar, adhiriendo a la opinión de Mónica Pinto que "... Al tratarse en definitiva de normas imperativas y no meramente dispositivas, implica entonces que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de partes. Así el concepto de orden público internacional o *ius cogens* como norma de derecho internacional general –es decir una costumbre internacional de validez universal– aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma posterior del mismo carácter.⁴⁴

42. Triepel, Relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, en Académie de Droit International de la Haya Recueil des Cours, 1923,2.

43. El subrayado es propio.

44. Monica Pinto, Las Fuentes del Derecho Internacional en la era de la Globalización, ed. Eudeba, Bs As. 2009, pág. 25.

En lo que respecta a la Argentina no se puede acudir a la Corte IDH para presentar temas relativos a discrepancias suscitados en lo que se refiere la interpretación en la expropiación de los conceptos “por utilidad pública o interés social ni indemnización justa”, que encuentran su fundamento en el art. 17 de la Constitución.

Sin perjuicio de ello, la injerencia en la aplicación de los principios de derecho administrativo que conllevan algunos de los casos que mencionaremos a continuación es de vital importancia, ya que el modelo supranacional comprende básicamente un bloque de regulación –reglas– y otro sobre modos de resolución de los conflictos, es decir potestades legislativas y jurisdiccionales que encuentran su reflejo en el derecho interno.

El sistema interamericano de derechos humanos prevé dos órganos competentes para la protección de los derechos reconocidos por la Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH.⁴⁵

La Corte IDH debe expedirse en los casos que la Comisión o los Estados parte planteen ante ella, luego de cumplir con el procedimiento de denuncias ante la Comisión.

En el marco de esa actividad es que fue avanzando a través de su jurisprudencia en lo relativo a la legitimación para interpretar las cláusulas de su tratado constitutivo, al mencionar por primera vez en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*,⁴⁶ en el Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, que: “... También es interesante, a mi juicio, formular algunas consideraciones sobre la contradicción o por lo menos la discrepancia que en ocasiones existe entre ciertas declaraciones del Estado,

45. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella. Fue establecida en 1979 y su sede se encuentra en San José de Costa Rica. Tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración especial o por convención especial como asimismo competencia consultiva en cuanto los Estados miembros de la OEA pueden efectuar consultas acerca de la interpretación de la Convención.

46. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101,

formuladas por conducto de representantes calificados para emitir las, y las posibles declaraciones que hagan otros órganos, a los que la legislación interna atribuye competencia para resolver cuestiones contenciosas. Esto, visto desde el ángulo del Derecho nacional, responde al principio de separación de poderes, que asigna a cada uno de estos determinadas facultades específicas, que los otros no pueden asumir o sustituir. Empero, este asunto requiere precisiones desde el ángulo del Derecho internacional, de la responsabilidad internacional del Estado y de las atribuciones resolutorias de un tribunal internacional, que son inatacables –cuando así lo dispone la norma internacional soberanamente reconocida por el Estado parte en un tratado, como en efecto sucede a la luz de la Convención Americana– y deben ser cumplidas por aquel, en mérito de sus compromisos convencionales... Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.

En la doctrina por su parte se ha sostenido que: “... No se trata de que a partir del citado caso esa Corte haya ejercido el aludido control, sino que es a partir de ese momento que se utiliza esa fraseología”.⁴⁷

Así también en el caso “*Almonacid Arellano*”⁴⁸ el Tribunal sostuvo que: “la Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Interamericana,

47. Hitters, Juan Carlos.” Control de Constitucional y Control de Convencionalidad. Comparación. La Ley 27-07-2009.

48. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de setiembre de 2006.

sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de la convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Tal como ya se señalara para su interpretación, deben considerarse, principalmente aquellas cláusulas más relevantes, que a efectos de una mejor exposición se transcriben:

Artículo 1.1:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 8.1:

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 sustentación 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.

Artículo 21:

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Artículo 24 :

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25.1:

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 violen 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.

Por último el Artículo 29 indica la forma de interpretación de la Convención:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La descrita obligación del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular.

Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir leyes contrarias a la Convención Americana o no adopta las medidas legislativas que se adecuen a ella, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Así, en el caso ya citado, la Corte IDH ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.⁴⁹ Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁵⁰

La Corte IDH ha señalado, en otras oportunidades, que esta norma impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en esta. Las disposiciones de derecho interno que se adopten para

49. Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

50. ver punto 125 ob. Cit. Referencia 3.

tales fines han de ser efectivas. Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica.

El Tribunal estimó que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio.

Podemos señalar, entonces, que ha tenido acogida el principio del derecho de acceso a la justicia, no como una cuarta instancia sino en el marco del control de Convencionalidad en la aplicación del Tratado en el derecho interno del país parte.

La Corte IDH ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁵¹ La primera vertiente se satisface con la reforma,⁵² la derogación, o la anulación,⁵³ de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corres-

51. Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 118; y *Caso Zambrano Vélez*, *supra* nota 53, párr. 57.

52. Cfr. *Caso Raxcacó Reyes*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrs. 87 y 125; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 54, párrs. 113 y 212; *Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párrs. 97 y 130; y *Caso Zambrano Vélez*, *supra* nota 53, párr. 57.

53. Cfr. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 94 y 132; *Caso Yatama*, *supra* nota 52, párr. 254; y *Caso Zambrano Vélez*, *supra* nota 53, párr. 57.

ponda.⁵⁴ La segunda obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro.⁵⁵

En el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*⁵⁶ la Corte IDH ha señalado en referencia al principio de celeridad que tratándose de un proceso de expropiación, la Comisión argumentó que habían transcurrido más de 15 años desde que el Concejo Municipal declaró la utilidad pública y que la ocupación con fines de expropiación del terreno había sucedido el 10 de julio de 1997, sin que se dictara una resolución judicial que fijara en forma definitiva el valor del bien y ordenara el pago de la indemnización. La Comisión agregó que durante todo ese tiempo el Municipio ha estado en posesión del inmueble. Consecuentemente, los hermanos Salvador Chiriboga se han visto impedidos de ejercer los atributos de la propiedad, en particular los derechos de uso y goce que corresponden a los titulares del bien. Asimismo, la Comisión indicó que se desprende de la Convención Americana y del ordenamiento interno ecuatoriano que la resolución judicial del juicio de expropiación debe emitirse en un plazo breve. (párrafo 5)

En el punto 51 de dicho fallo, la Comisión en la demanda señaló que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, debe practicarse según las formas establecidas por la ley. En lo referente al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que en los procesos interpuestos por María Salvador Chiriboga se han evidenciado dilaciones de las autoridades estatales que han impedido que se llegue a una decisión de fondo respecto a su propiedad, por lo que se ha excedido en el plazo razonable y el Estado no ha probado lo contrario.

54. Cfr. *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 172; y *Caso Zambrano Vélez y otros, supra* nota 53, párr. 57.

55. Cfr. *Caso Zambrano Vélez y otros, supra* nota 53, párr. 153.

56. sentencia del 06/05/2008 Serie C 179.

57. Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. -174.

En cuanto a la alegada violación del artículo 25 de la Convención, la Comisión manifestó que no pueden considerarse efectivos los recursos que resulten ilusorios, cuando se configure un cuadro de denegación de justicia, como lo es un retardo injustificado en la decisión. Ello en cuanto la Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad⁵⁷ que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona.

Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.⁵⁸ Asimismo, se ha protegido a través del artículo 21 los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas.⁵⁹

De otra parte, el artículo 8.1 ya transcrito consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consisten en el derecho de toda persona 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 para la determinación de sus derechos.⁶⁰ El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva.⁶¹ (ver punto 56)

58. *Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr.102; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; y Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 129.*

59. *Cfr. Caso «Cinco Pensionistas» Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 102.*

60. *Cfr. Caso Genie Lacayo. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 74.*

61. *Cfr. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 70; Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 129; y Caso Acosta*

El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.⁶²

Dicho principio ha tenido recepción similar en el derecho interno de nuestro país.

En el caso *Baena Ricardo vs. Panamá*⁶³ se desprende con claridad la observancia del principio del debido proceso y el principio de legalidad. En el mismo se ventilaba una denuncia hecha por el Comité Panameño por los Derechos Humanos en favor de 270 empleados públicos destituidos como consecuencia de la Ley 25 del 14 de diciembre de 1990.

Los actos de los Poderes Públicos del Estado mediante los cuales la Asamblea Legislativa aprobó la Ley 25 de 14 de diciembre de 1990 y el Poder Judicial la declaró constitucional en casi su totalidad, el Poder Ejecutivo le dio aplicación, en base a lo cual se violaron los derechos humanos de los peticionarios y se rechazaron todos sus reclamos, son incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ver párrafo 148).

Asimismo, en el punto 42 del fallo, se señala que: “La Corte debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, fin último del sistema, y la seguridad jurídica y equidad procesal que ase-

Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 104.

62. Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23; *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 89; *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 167; y *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr.128.

63. sentencia del 2 de Febrero del 2001 Serie C 72

guran la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional [porque de lo contrario] acarrearía la pérdida de la autoridad y credibilidad indispensables en los órganos encargados de administrar el sistema de protección de derechos humanos (*Caso Cayara, Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C No. 14, párr. 63 y *Caso Caballero Delgado y Santana, Excepciones Preliminares*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17, párr. 44).

En el párrafo 50. 2, la Corte IDH se refiere también al debido proceso, lo cual no constituyó objeto de pronunciamiento ni de estudio por parte del Comité de Libertad Sindical, pues muchas de las decisiones cuestionadas se emitieron con posterioridad al pronunciamiento de la OIT. Ante el Comité, las denuncias se referían a violaciones a la libertad sindical, y ante la Corte IDH, la demanda se refiere a violaciones de la Convención.

Finalmente recomienda que: 1) El Estado panameño disponga la reincorporación de los trabajadores despedidos por la Ley 25 de 14 de diciembre de 1990 identificados en el párrafo Vº del presente informe, a sus puestos respectivos o a otros en las mismas condiciones en las que prestaban servicios al momento de ser destituidos; que les reconozca los salarios caídos y los demás beneficios laborales a los que tienen derecho; y que se les pague una indemnización por los daños causados por el despido injustificado del que fueron objeto. 2) El Estado deberá adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legislativos vigentes, las medidas que fueran necesarias para hacer efectivos a plenitud los derechos y garantías contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ...5.) La norma contenida en el artículo 43 de la Constitución Política de Panamá, la cual permite la retroactividad de las leyes por razones de “orden público” o “interés social”, sea enmendada y/o interpretada, en conformidad con el artículo 9 de la Convención Americana.

El principio *pro accione* derivado del art. 25 de la Convención se manifiesta de diversas maneras en este caso, la Corte IDH ha compelido al Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar una medida eficaz. Dicha eficacia se debe traducir en plazos cortos que pueda salvaguardar el derecho a la propiedad y su disfrute. La seguridad, que en el caso de sufrir una expropiación pueda ser indemnizada en forma justa y en un tiempo cierto hace al reconocimiento de un Estado Democrático.

Por su parte en el renombrado caso, *Cantos vs. Argentina*,⁶⁴ la Corte IDH juzgó si una llamada “tasa de justicia”⁶⁵ era compatible con el derecho de acceso a la justicia. Ahí, en una decisión de la Corte IDH se resaltó que al señor Cantos se le ha violado el derecho a la justicia y el derecho de petición consagrados en los artículos 8, 25, 21 y 1.1 de la Convención Americana.

Históricamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido en el caso *Mazzeo Julio Augusto*, ya citado, y específicamente, en la intervención del Procurador General de la Nación: “... 14. Que tal como se afirmó en el caso ‘Simón’ –disidencia del juez Fayt– es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese ‘margen de apreciación’ autónomo de cada Estado –en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional– se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales” [subrayado añadido].

Soberanía entendida en el sentido propuesto por Barreiros, como una soberanía que no es considerada como un derecho absoluto e individual de cada Estado, como solía hacerse en el antiguo derecho fundado en el régimen individualista, de acuerdo con el cual los Estados solo se hallaban obligados por las reglas que ellos mismos hubieran aceptado...., sino como soberanía de los Estados que se ha convertido ahora en una institución, una función social internacional de un carácter psicológico, que ha de ser ejercido de acuerdo con el nuevo derecho internacional.⁶⁶

Por ello, las llamadas garantías básicas no deben verse restringidos, el constituyente ha delimitado los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, incluidos en el art. 14, 16, 17, 18, y 20 de dicha norma fundamental. Reconociéndose en la jurisprudencia de la Cor-

64. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.

65. Se trata de una “suma de dinero que todo demandante judicial debe pagar para tener acceso a la justicia y según las leyes argentinas la misma solo responde a un porcentaje y no tiene un tope máximo” (párrafo 53).

66. Barreiros, Lucas E., *El Derecho Internacional Contemporáneo y el Problema de la Soberanía. Un intento de reconciliación*, en el libro “Las Fuentes del Derecho Internacional en el Era de la Globalización”, Compiladoras Mónica Pinto, editorial Eudeba, Bs As, 2009, pág 61

te Suprema la evolución del derecho de gentes –históricamente– desde la posdictadura hasta la reforma constitucional de 1994 en la cual dicho concepto fuera incorporado en forma directa. Pudiendo entonces afirmar que la idea de la soberanía no es absoluta sino que puede ser limitada a través de la cuestión de los derechos humanos, por la subjetividad de los individuos de un Estado, sosteniendo que la libertad de los primeros limita al segundo.⁶⁷

En el fallo de la Corte IDH y con fundamento en la denegación de justicia de que fue víctima el señor José María Cantos por parte de las autoridades argentinas, las que de manera arbitraria se abstuvieron de reparar de manera efectiva los graves perjuicios que le fueran ocasionados por agentes del Estado, la Comisión solicitó a la Honorable Corte que dicte sentencia en el presente caso, declarando que el Estado argentino violó y continúa violando los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, protegidos por los artículos 8 y 25 de la Convención y el derecho a la propiedad reconocido por el artículo 21 de la misma, todos ellos con relación a la obligación de dicho Estado de respetar, investigar, sancionar y restablecer los derechos violados de que trata el artículo 1 (1) del citado instrumento.

Así, el precepto citado impone “la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”, sin importar el ordenamiento en el que se inscriba. De ahí, la Corte IDH retomó una convicción, formulada con anterioridad en diversos precedentes, en el sentido de “que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad” [subrayado añadido]. En consecuencia, “cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”.⁶⁸

En referencia a este caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido luego de la intervención de la Corte IDH en cuanto el Estado Argentino violó el derecho de acceso a la justicia consagrado en los arts. 8.1 y 25 en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana sobre

67. ver Barreiros Lucas E., *El Derecho Internacional Contemporáneo y el Problema de la Soberanía. Un intento de reconciliación* ob. Cit. Pág. 87.

68. Párrafo 52.

Derechos Humanos en donde se decidió que el Estado argentino debe abstenerse de cobrar al señor José María Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de la misma.

En el voto en disidencia de los Dres. Maqueda y Boggiano se señaló que: “corresponde a esta Corte velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos (Fallos: 315: 1.492 consid. 19 in fine y 318: 373 consid. 4). Esos deberes se extienden a todos los jueces aun ante la inexistencia de reglamentación legislativa indicativa del curso judicial a seguir frente a informes o recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados, pues en esta materia aquella no es requisito indispensable (Fallos: 321: 3.555, voto de los doctores Boggiano y Bossert). Por ello corresponde a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar en la medida de su jurisdicción los tratados internacionales al que el país está vinculado a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida” (Fallos 318: 1269 y sus citas, entre muchos otros, Disidencia Boggiano consid. 3).

Efectivamente en la Resolución de la Corte IDH del 26 de agosto del 2010, revisando el cumplimiento de la sentencia recaída en este caso ha señalado, que el Estado dio cumplimiento a la obligación de abstenerse de cobrar al señor José María Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de la misma (*punto resolutivo primero de la Sentencia*) mediante el archivo de la Ejecución correspondiente por Decreto 99/2006.

El último litigio relevante es el *Caso Castañeda Gutman vs. México*,⁶⁹ se relaciona con la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006.

69. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184.

Así en el párrafo 92, la Corte IDH estima que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. Ello es particularmente relevante en relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión, así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección.

Y seguidamente en el párrafo 93, se estima pertinente referirse a lo afirmado por la Comisión Interamericana en el sentido de que, más allá de que el amparo no era la vía idónea, por la exclusión de la materia electoral de su ámbito de competencia, “la efectividad implica que el órgano judicial ha evaluado los méritos de la denuncia”. Al respecto, este Tribunal ha establecido que “el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial [...] no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana”. En otras palabras, es una garantía mínima de toda persona que interpone un recurso que la decisión que lo resuelva sea motivada y fundamentada, bajo pena de violar las garantías del debido proceso.

Recapitulando, es posible derivar algunas características del derecho a la tutela jurisdiccional prevista en la Convención, en su vertiente de acceso a la justicia:

- (a) Tiene su fundamento tanto en el artículo 8.1 como en el 25.1 de la Convención;
- (b) para su ejercicio, se impone la titularidad de un derecho, que bien puede llamarse “sustantivo”, cuya eficacia será materia del examen jurisdiccional;
- (c) empero, la exigencia anterior es relativa, pues la eficacia del derecho instrumental de acceso a la jurisdicción no depende de la “demostración” previa del derecho sustantivo que a través de él se pretende hacer valer. Se colige entonces que será materia del examen de

fondo del tribunal determinar la existencia o no de tal derecho y de admitirlo, se pasará entonces al de su eficacia;

(d) es susceptible de restringirse, por motivos que resulten razonables y sean inherentes a la propia administración de justicia;

(e) dichas restricciones pueden traducirse en presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos (requisitos procesales);

(f) la efectividad del recurso –y por ende, la validez del derecho de tutela jurisdiccional– no implica que los tribunales examinen necesariamente el fondo de los litigios, sino que basta que lo haga respecto a los presupuestos y criterios de admisibilidad (los “méritos” de la reclamación); y

(g) en todo caso, lo relevante para el análisis sobre el respeto al derecho de acceso a la jurisdicción es determinar si en el ordenamiento jurídico correspondiente existe o no una vía para reclamar el respeto de un derecho sustantivo, si es suficientemente cierta con relación a otras vías y, finalmente, si la misma es eficaz, en el sentido de asegurar la restitución de derecho en caso de que se estime su vulneración.

VI. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN SER RESPETADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Brewer-Carías, en una obra donde analizó los principios del procedimiento administrativo en América Latina, consideró que únicamente a través de los principios podía ser realizado un análisis comparativo.⁷⁰ De acuerdo con ello, los principios pueden ser aplicados y reconocidos y la conclusión de este trabajo se refiere a cuáles de todos ellos, la Corte IDH reconoce como esenciales, conforme el marco de interpretación del Tratado.

70. Brewer-Carías, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, rd. Legis, Colombia, 2003. En esta obra rescató como esenciales el principio de

La recepción o asimilación de los precedentes que se expusieron son aplicables al Derecho Administrativo, y derivan del derecho internacional de los derechos humanos. La interpretación que realiza la Corte IDH no se agota con su aplicación en la vía jurisdiccional de la Corte IDH sino que también tienen presencia cuando la Corte actúa como órgano consultivo en virtud del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su valor como doctrina que emerge de la interpretación del Tratado, necesariamente debe ser receptada en los países miembros.

En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nro. 19.549, encontramos en el art. 1º como principios la impulsión e instrucción de oficio, la celeridad economía, sencillez y eficacia en los trámites y el informalismo, y en el inc. f) el debido proceso adjetivo, reconociendo la doctrina el principio de legalidad como mentor de todo el sistema.⁷¹

El reconocimiento de la importancia de la existencia de estos principios radica en que “Los principios fundamentales del procedimiento administrativo cumplen funciones relacionadas con trascendentes valores que anidan en el Estado de Derecho. Hacen, en primer lugar, a la tutela administrativa efectiva en cuanto a la debida defensa de los derechos del particular antes y durante el trámite de procedimiento. De otra parte, aseguran la sumisión de la Administración a la ley y al derecho y contribuyen, decisivamente, a la eficacia de la Administración Pública, al afianzar la unidad del procedimiento administrativo, evitando formulaciones dispersas”.⁷²

Conforme a ello, de los precedentes que se han estudiado, del cual dimanar en su conjunto un sistema equivalente, se puede afirmar que la Corte IDH reconoce como aplicables al mismo los siguientes:

legalidad, de organización administrativa, eficacia, participación, oficialidad, celeridad, el debido procedimiento, la confianza legítima y la decisión del procedimiento, culminando con los principios que debían encontrarse en los actos administrativos y aquellos relativos al control interno para efectuar la comparación de las normas vigentes en 10 países

71. Aberastury, Pedro-Cilurzo, María Rosa, Curso de Procedimiento administrativo, ed. Abeledo Perrot, Bs As, 1998, pag. 28.

72. CASSAGNE, Juan C., Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág 84.

a) El principio *Pro Homine*

También llamado el principio en favor de la persona, que se establece en forma imperativa, como cláusula interpretativa, en el art. 29 de la Convención del cual se reconoce la norma o principio más favorable a favor del individuo de los derechos garantizados en el Convenio o la interpretación más delimitada cuando se restringe dichos derechos.⁷³ Conforme lo decidiera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ello determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales.⁷⁴

b) El principio de legalidad

Este principio que regula la conformidad al derecho y no necesariamente a la ley en cuanto la conducta de la administración debe conformarse a él, efectuando un análisis del procedimiento para llegar a la verdad material, que surge de la interpretación conjunta de los arts. 1 y 8 de la Convención.

73. Así se ha expresado que: “De esta forma, si una norma interna nacional asegura uno de los requisitos del debido proceso legal de una manera más beneficiosa para el peticionario que una internacional o provincial debe prevalecer su aplicación, pues no se trata de enfrentar el derecho interno con el internacional ni la legislación procesal provincial con la nacional o segregar la naturaleza de las normas u otra diferenciación semejante, sino de receptor el principio que se encuentra arraigado en el derecho de todos los tiempos”. Jurisprudencia anotada Por Albanese, Susana, La prisión preventiva, el plazo razonable, las vías ordinarias y extraordinarias y el principio *pro homine*, JA 2004-II-737.

74. Cfr. Cardozo, Fallos 329:2265; Madorrán, Fallos: 330:1989.

c) El principio del debido proceso adjetivo

El mismo recibe aplicación estableciendo el derecho al administrado de obtener una decisión fundada en sede administrativa, teniendo plena aplicación en el deber de otorgar el derecho de ser oído en forma previa a que se dicte la decisión administrativa que pueda vulnerar un derecho reconocido. La decisión fundada permite conocer los alcances de la voluntad de la administración de tal forma que la motivación se transforma en un deber esencial, mas aún cuando se trata del ejercicio de facultades discrecionales que exigen una motivación razonable y razonada que aleje todo atisbo de arbitrariedad del accionar estatal. Pero para hacerlo valer, es necesario el acceso irrestricto a las actuaciones administrativas, situación que se encuentra prevista en el art. 13 de la Convención.

d) El plazo razonable

El derecho a una decisión administrativa en un tiempo razonable, de tal forma que se conjugan los principios de la eficacia del accionar estatal y para tutelar una vía rápida de acceso a la Justicia Administrativa (cfr. Arts. 8.1. y 25). Estas cuestiones han sido analizadas por la Corte IDH estableciendo la doctrina que el procedimiento administrativo no puede ser entendido como colocando vallas al derecho al acceso a la justicia y que recurrir ante la Justicia Administrativa significa llegar a una decisión en un plazo razonable y no condicionada por ese procedimiento.

VII. CONCLUSIONES

Se puede afirmar que si bien estos principios los encontramos en las leyes de procedimiento administrativo argentinas, lo que es preocupante es la aplicación que se realiza de los mismos pues muchas veces se los desnaturaliza.

Consideramos que la situación actual de la evolución del derecho administrativo y la aplicación del derecho supranacional tienen una gran importancia en el procedimiento administrativo⁷⁵ y en el acceso a la justicia que no pueden ser soslayados. Hemos expuesto que la Corte IDH ha sostenido que todo Estado Parte de la Convención “ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención”.⁷⁶ Esta norma consuetudinaria prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas.⁷⁷

Hemos señalado que cuando el Estado incumple con el dictado o derogación de las normas que se encuentran en conflicto con los derechos tutelados en la Convención, queda como último resorte la intervención del Juez. En el control de convencionalidad deberán aplicarse los principios reseñados no olvidando que en tales casos se debe invertir el *onus probandi* de tal forma que es al Estado a quien le corresponde acreditar con una cuidadosa prueba sobre los fines que ha intentado resguardar y sobre los medios que ha utilizado al efecto. Los mismos deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes y/o una genérica «adecuación» a los fines, sino que deberá controlarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestiona-

75. MARTINS, Daniel Hugo, “Los Tratados Internacionales como Fuente del Derecho Administrativo”, *Derecho Administrativo Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S Marienhoff*, CASSAGNE, Juan Carlos, Director, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pag. 288.

76. Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 171; y Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 27, párr. 79.

77. Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; Caso La Cantuta, párr. 170; y Caso Zambrano Vélez y otros, , párr. 55.

da, tal como se expresó en el caso *Gottschau*.⁷⁸ Con un procedimiento administrativo único y con plazos sencillos y sin la complejidad existente se podría solucionar el tema respetando el derecho a la Tutela Judicial Efectiva.⁷⁹

Cabe mencionar que la Comisión ha comprendido, dentro de los derechos consagrados en la Convención, el derecho a un procedimiento justo, imparcial y rápido que brinde la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable.⁸⁰ Ello recibe plena aplicación al procedimiento administrativo.

El acceso a la justicia, cuando se trata de demandar al Estado, se encuentra regido, actualmente, por los principios que emanan de la Convención y el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria a la Convención, genera responsabilidad internacional para el Estado⁸¹ por lo que los principios del procedimiento administrativo deben tutelar el acceso a la justicia de tal manera que no se generen a partir de él impedimentos formales que lo obstaculicen.

78. Fallos: 329: 2986. Caso «Hooft», considerando 6°, Fallos: 327:5118.

79. ABERASTURY, Pedro, *La Justicia Administrativa*, ed. Lexis Nexis, Bs As, 2006, pag. 130.

80. Informe N° 39/96, caso 11.673, del 15 de octubre de 1996.

81. Opinión Consultiva OC -14/94 del 9 de diciembre de 1994 Corte I.D.H. (SER.A) N° 14. Transcrita en *Derecho Humanos, Corte Interamericana*, BIDART CAMPOS, Germán, PIZZOLO Calogero (H), T.2. ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, páag. 753.



Tres generaciones de procedimiento administrativo

*Por Javier Barnes**

I. INTRODUCCIÓN

1. El procedimiento administrativo en perspectiva comparada.

La proliferación en las últimas décadas de leyes de procedimiento administrativo en extensas áreas regionales como la Europa del Este, el Sudeste asiático o la América Latina constituye un positivo fenómeno que recuerda la expansión del constitucionalismo de principios del siglo XIX, y supone, por otra parte, un evidente florecimiento del Derecho Administrativo contemporáneo.

Ahora bien, el análisis comparado de una institución como el procedimiento administrativo excede en mucho del contraste y cotejo de las legislaciones nacionales y de las respectivas construcciones jurisprudenciales y doctrinales, por más que ese intercambio de experiencias –siempre en su debido contexto– pueda ser de sumo provecho, por ejemplo, para reflexionar sobre las mejores opciones sobre la sustanciación del derecho de acceso a la documentación administrativa.

Tampoco se detiene el estudio comparado en la datación histórica de las recíprocas influencias entre países o en la filiación y genealogía de las leyes y de los sistemas jurídicos, pese al interés que ello despierta por la rica información que ofrece. Por ejemplo, esa perspectiva explica, por razones de historia y cultura, la autonomía y singularidades de la gran familia de

* Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva, España.
javier.barnes@globallawpress.org

leyes iberoamericanas de procedimiento administrativo. Aunque la mera antigüedad no sea argumento bastante, sí resulta ilustrativa cuando menos de una fuerte tradición: las primeras leyes de procedimiento se remontan a la España de 1881¹ y 1889,² y las primeras no peninsulares, para Cuba, Puerto Rico y Filipinas, a 1888.³

En realidad, la institución del procedimiento administrativo es tan poliédrica en sus funciones y morfología, y resulta tan transversal –recorre el entero Derecho Administrativo–, que la comparación solo puede emprenderse por categorías de procedimiento. ¿De qué procedimiento administrativo hablamos en cada caso? Puesto que, entre un procedimiento sancionatorio y un procedimiento de evaluación estratégica ambiental o de elaboración del planeamiento parecen existir diferencias de sustancia. Tal sería el primer interrogante a despejar. La primera cuestión que ha de resolverse, pues, reside en su identificación y ulterior clasificación.

Las categorías, clases o tipos de procedimiento, en contra de lo que ha podido pensarse durante largo tiempo, no vienen determinadas, a nuestro juicio, en razón de la materia (procedimientos para el otorgamiento de licencias en el ámbito del comercio o la vivienda, por ejemplo), ni por el contenido o naturaleza de la resolución que ponga fin al procedimiento (acto declarativo o constitutivo, por ejemplo). Las cosas son más complejas, pero también más interesantes. La clasificación que aquí se propone resulta más radical y profunda, puesto que se basa, en última instancia, en el modelo de Administración y en la forma de gobierno y regulación en el

1. Real Decreto de 31 de diciembre de 1881, aprobando el Reglamento provisional sobre el procedimiento administrativo en las reclamaciones económico-administrativas. Se trata, en efecto, de una norma de rango infralegal.
2. Ley de 19 de octubre de 1889, disponiendo que por cada Ministerio se haga y publique un reglamento de procedimiento administrativo para las dependencias centrales, provinciales y locales del mismo. Se trata de una ley de bases que sirven de marco y denominador común a los reglamentos que, en razón del ramo y la especialidad, habrían de dictarse seguidamente.
3. Real Decreto, de 29 de Septiembre de 1888, por el que se aprueba el procedimiento administrativo de la Secretaría de Ultramar y todas las dependencias administrativas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas; y Real decreto, de 13 de junio de 1890, declarando subsistente con las modificaciones que se expresan, de 1890 (Gaceta de Madrid núm. 177, de 26/06/1890).

que aquella se inserta. Hablamos aquí de generaciones para hacer referencia a la sucesión –y convivencia– de esos distintos modos de operar. Una cosa es la Administración resolviendo como si de un juez se tratara (primera generación); otra, la Administración dictando normas en modo análogo a como lo hace el legislador tradicional (segunda generación); y otra, muy distinta, cuando la Administración, y otros actores, se sirven de elementos o principios de procedimiento en las nuevas formas de gobernanza, marcadas por la colaboración entre Administraciones, y entre estas y el sector privado, tanto dentro de las propias fronteras, como más allá del Estado.

Esta clasificación por generaciones permite entender mejor la institución del procedimiento dentro del propio sistema y establecer un adecuado término de comparación. No son magnitudes comparables, por ejemplo, los procedimientos administrativos sancionadores,⁴ con los de evaluación estratégica ambiental.⁵ Y no lo son, no ya porque se refieran a “materias” distintas (sanción y medio ambiente, respectivamente), sino porque se basan en modelos y modos de Administración muy diferentes entre sí y, en definitiva, en modelos de gobierno y regulación diversos, y en donde el procedimiento cumple funciones cualitativamente distintas. En el primer caso, se trata de una Administración “imperativa”, que actúa investida de autoridad, y que, al igual que el juez, utiliza el procedimiento como herramienta de una correcta aplicación del Derecho, a fin de determinar si el interesado ha cometido o no una infracción y si esta es merecedora de sanción. En el segundo, por el contrario, la Administración opera *en modo cooperativo*, busca la colaboración de otras Administraciones, del público en general, y del sector privado, no para hallar lo que la ley haya predeterminado, porque no ha predeterminado nada, sino para construir la mejor solución –entre todos– de cara a alcanzar un crecimiento sostenible, con ocasión de una concreta política energética o de infraestructuras, por ejemplo. El procedimiento cumple aquí una función más ambiciosa, de dirección política, ante la incapacidad de la ley para

4. Véanse, a título de ejemplo, los arts. 134 y ss. de la Ley de procedimiento española, 30/1992.

5. Por ejemplo, artículos 6-25, de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

programar la solución adecuada. La comparación, en otras palabras, ha de hacerse “por pares”, esto es, con iguales, tanto dentro del propio ordenamiento jurídico, como fuera de él.

Esa clasificación, sea o no con pretensiones comparatistas, ofrece un mapa o sistema no solo descriptivo, sino también de carácter prescriptivo, en la medida en que pone en evidencia los déficits –en términos de principio democrático, de Estado de Derecho o de eficacia– que cada procedimiento pueda presentar. Comencemos desde el principio.

2. Resumen y glosario

A modo de síntesis de cuanto luego se dirá, el presente trabajo pretende explicar o describir las diversas generaciones de procedimiento, primero; para esbozar, después, a partir de sus virtualidades y déficits, algunos de los valores y principios en juego.

a) A tal propósito, conviene avanzar, en primer término, lo que aquí se entiende por cada una de esas tres *generaciones*.

-Antes, sin embargo, conviene anotar qué entendemos ahora por “Administración imperativa”:

Aquella que opera y trabaja haciendo uso de potestades públicas y resuelve con carácter unilateral; en un proceso de carácter jerárquico o en cascada (de arriba hacia abajo), puesto que su función consiste en aplicar el Derecho emanado desde arriba. Es una Administración que sabe lo que quiere. Por el contrario, hablamos de “Administración cooperativa” para hacer referencia al supuesto contrario, cuando la Administración no es autosuficiente y, bien sea por el tamaño de los problemas, o bien por la incertidumbre acerca de su tratamiento o respuesta, requiere de la colaboración de otras Administraciones y del sector privado. El proceso no es jerárquico, sino en red, y en donde una multiplicidad de actores participan con su aportación.

Tres generaciones de procedimiento administrativo (cuadros 5 y 6):

La primera generación, como ya se ha notado, tiene por objeto el dictado de resoluciones que afectan a los derechos e intereses de los ciudadanos, a cargo de una Administración que, por convención, llamamos

aquí “imperativa”. Aquí la Administración actúa como si de un juez se tratara. Se trata de una clase de procedimiento que se inicia antes de que se inventara la electricidad.

La segunda generación tiene por misión la elaboración de toda clase de normas reglamentarias, programas, planes o proyectos, en un entorno también de Administración imperativa. En este escenario, la Administración opera como si de un legislador se tratara. Es un procedimiento que se propaga en la segunda mitad del siglo XX, antes de la invención de Internet.

La tercera generación de procedimientos se mueve en el marco de las nuevas formas de gobernanza, en un medio ambiente de colaboración, cuando no se trata de aplicar el Derecho preexistente, sino de buscar, entre múltiples actores y en forma cooperativa, la mejor solución. Aquí, la Administración realiza políticas públicas en colaboración con otras Administraciones y con el sector privado.

- Las tres generaciones están llamadas a convivir y no a superarse, puesto que, sin perjuicio de la permanente mejora a la que habrán de someterse, cada una de esas tres generaciones cumple funciones que son irremplazables y responden, en última instancia, al modelo de Administración y de gestión de los asuntos públicos que en cada caso se siga.

b) Por gobernanza “a secas” o por “gobernanza administrativa” o, también, “gobernanza cooperativa”, se hace referencia en nuestro contexto a un nuevo estilo de gobierno, en el que la Administración goza de un particular protagonismo en la realización y ejecución de las políticas públicas, pues se desenvuelve en ámbitos y sectores en los que su actuación no consiste en aquella originaria actividad de ejecución o meramente “aplicadora” de la ley. Se alude, en efecto, a un modo de gobierno y regulación alternativo o complementario del tradicional en el que predomina la colaboración inter-administrativa y público-privada, dentro y fuera de las fronteras nacionales. En ese sentido, el término “gobernanza” se presenta como opuesto al modo clásico de “gobierno”, caracterizado por la dirección política de arriba hacia abajo, esto es, por un proceso y una estructura jerárquicos, y el recurso a la decisión unilateral y a las técnicas coercitivas. Se trata de una Administración que no es autárquica, ni autosuficiente.

c) El concepto de procedimiento administrativo no se detiene ya, como antaño, en la exclusiva idea de procedimiento como proceso decisorio, seguido o impulsado de oficio por una Administración de carácter imperativo para concluir en un acto, sino que asimismo comprende, además de otros procesos decisorios basados en la colaboración inter-administrativa y público-privada, la obtención y el intercambio de información y, más ampliamente, el código básico de las relaciones entre la Administración y el ciudadano. El procedimiento es entonces proceso decisorio (para el dictado de un acto administrativo o resolución, la aprobación de un reglamento, o la celebración de un contrato, por ejemplo); pero es también obtención e intercambio de información (para elaborar un mapa medioambiental, realizar una inspección, recabar informes y estudios científicos, por ejemplo).⁶

6. Con carácter general, y como punto de partida de las reflexiones que seguidamente se hacen, pueden verse las siguientes obras colectivas: *La transformación del procedimiento administrativo* (editado por Javier Barnes), Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla, 2008 (véase en <http://www.globallawpress.org/Transformacion.htm>); *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, en particular, capítulos primero (Schmidt-Aßmann) y quinto (Javier Barnes), Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla, 2006 (véase <http://www.globallawpress.org/Innovacion.htm>). Asimismo, y como introducción al Derecho Comparado, puede verse J. Barnes, *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993. La lectura de la obra – en particular de su capítulo sexto – de E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, resulta fundamental como marco de las líneas de evolución conceptual del Derecho Administrativo contemporáneo.

Un análisis más detallado de algunas de las cuestiones que aquí se apuntan, señaladamente en el epígrafe III, me remito a los siguientes artículos: J. Barnes, “El procedimiento administrativo y las nuevas formas de dirección, regulación y gobernanza” en *Hacia la modernización del procedimiento administrativo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pp. 57-71; y “Procedimientos administrativos de tercera generación”, en *Revista AIDA* núm. 7, México, enero-junio, 2010, pp. 11-54.

3. El origen procesal del procedimiento administrativo: cuando la conquista histórica resulta insuficiente

La idea de secuenciar el proceso decisorio, esto es, de establecer una serie o sucesión de actuaciones encadenadas conducentes a la toma de decisiones, es tan antigua como el Derecho mismo. Con la instauración de la división de poderes, se abriría paso la necesidad de establecer un procedimiento específico para cada uno de ellos. Las decisiones jurisdiccionales –sentencias, autos, providencias– se adoptarían a través de un proceso. Las decisiones parlamentarias –desde la entrada del proyecto o proposición en la cámara o asamblea, el debate y enmienda, hasta su aprobación y promulgación– seguirían su propio cauce, un procedimiento legislativo. Finalmente, el Ejecutivo y la Administración sujetarían sus decisiones dotadas de autoridad (concesiones, permisos, sanciones, etc.) a un procedimiento administrativo.

El diseño de las primeras leyes de procedimiento administrativo, tanto en el siglo XIX como en el XX, se inspira abiertamente en el esquema judicial, civil o penal, en función de la decisión a adoptar. Lo mismo, y aun antes, hará la jurisprudencia para hacer frente a las cuestiones suscitadas en torno a la toma de decisiones por parte de la Administración. Encontrará soluciones y criterios a partir del modelo que ofrece el veterano proceso judicial. La mimetización del modelo judicial se extiende tanto a las fases o secuencias en que se articula el procedimiento (iniciación, instrucción, y terminación) y a los principios que las rigen, aunque en forma más simplificada, como al modelo imperativo que lo preside y que no es sino una expresión del ejercicio de autoridad. Al igual que la sentencia judicial, el producto estrella del procedimiento administrativo –el acto administrativo– está dotado de las presunciones y de las prerrogativas propias de las decisiones jurisdiccionales, se halla adornado de las técnicas coercitivas propias del poder. En realidad, se imita o transpone el “concepto” mismo, a saber: toda decisión formal o con alguna relevancia, que afecte a los derechos e intereses de los ciudadanos, y/o que tenga trascendencia para el interés general, ha de cursarse a través de un procedimiento administrativo, como garantía de acierto y de respeto de la legalidad subjetiva. Dicho de otro modo: el procedimiento administrativo se reserva para las decisiones formalizadas de la Administración, como mecanismo

de aplicación del Derecho. La Administración se sirve del procedimiento, como el juez del proceso, para hacerle hablar a la ley, pues una y otro actúan aquí como boca de la ley. Ahí hallará el procedimiento administrativo su grandeza y sus evidentes conquistas, al tiempo que sus limitaciones intrínsecas, como luego se verá, puesto que, *a contrario*, cualquier otra actividad de la Administración, sea esta de carácter prestacional o de servicio, de naturaleza material, o de Derecho privado, así como toda acción del sector privado con un determinado alcance o impacto para el interés general, quedarán fuera del paraguas del procedimiento administrativo. La legislación tradicional de procedimiento –desde el siglo XIX hasta nuestros días– se circunscribe a las Administraciones públicas y a las entidades de Derecho público cuando ejerzan potestades administrativas, es decir, cuando actúen con autoridad o *imperium*.

Las razones por las que se inspira el procedimiento administrativo en el esquema judicial son variadas. Una primera causa parece circunstancial. Y es que las primeras reglas de procedimiento administrativo –relativas a la formación de la voluntad de la Administración– son de creación jurisprudencial (el reconocimiento de los derechos de defensa, por ejemplo). El proceso judicial representaba el método que tenían más a mano los jueces y tribunales para colmar las lagunas y resolver con fiabilidad y consistencia las demandas planteadas. Sin embargo, la razón más profunda de ese trasvase es de carácter estructural, y reside en el modelo que encarna el proceso judicial, particularmente idóneo cuando se trata de resolver asuntos relacionados con los derechos e intereses de los ciudadanos, esto es, de ir a la ley para hallar la solución que esta haya predeterminado para el caso en cuestión. Si se tiene o no derecho a un permiso o autorización; si se es o no el mejor candidato a un puesto de la función pública; cuál sea la oferta económicamente más ventajosa en la licitación de un contrato, son cuestiones que podrán ventilarse adecuadamente a través de un proceso o, lo que es lo mismo, de un procedimiento llamado “administrativo” porque es la Administración y no el juez la que lo impulsa.

En definitiva, este es el tipo de procedimiento administrativo que acapara la atención de la doctrina y a la que reservamos la expresión misma; es la clase de procedimiento del que hablan de ordinario las leyes de procedimiento administrativo contemporáneas y del que se ocupaban ya las primeras leyes decimonónicas; y sobre el que se debate en tantos foros

y congresos a fin de mejorar sus prestaciones y funcionalidad (principios, simplificación, instrucción, por ejemplo). Es, en fin, el procedimiento concebido o representado en una imagen lineal, como conjunto de actos de autoridad encadenados con el objeto de dictar una resolución final dotada de autoridad.

Este es, en otras palabras, el procedimiento administrativo que venimos en llamar “de primera generación”, y que constituye sin duda un elemento esencial de todo Estado de Derecho y representa, probablemente, la mejor aportación que ha realizado el Derecho Administrativo en términos sistemáticos o “macroeconómicos”, más allá de la evidente conquista histórica que representa el singular y ulterior control jurisdiccional. El procedimiento administrativo, pues, como proceso decisorio, cualesquiera que sean las formas que las decisiones encarnen: acto administrativo (protagonista indiscutible), contratos, normas, planes o programas; como método de la correcta aplicación del Derecho, de una aplicación imparcial, igual para todos y sin discriminaciones, previsible y fiable.

Estos indudables logros, sin embargo, no impiden hacer una fácil constatación. Y es que la Administración no se limita a dictar resoluciones formales en aplicación del Derecho, como hacen los jueces y tribunales, puesto que de entrada no solo interpreta y aplica el Derecho, sino que crea y establece nuevas reglas y normas. Dicho de otro modo: la Administración hace muchas más cosas que decidir; y tiene muchos más “modos” que el imperativo o jerárquico, propio del dictado de los actos administrativos. Ello significa en la práctica que el procedimiento tipo –de primera generación– se ha quedado corto o, mejor expresado, que deviene escasamente representativo de la realidad administrativa contemporánea.

-En primer lugar, en efecto, la actividad administrativa no se resuelve ni se agota en un proceso *decisorio*. La Administración decide, sí, pero también estudia, evalúa, recaba, procesa e intercambia información; decide, sí, pero realiza prestaciones y servicios, por sí o a través de múltiples fórmulas, por ejemplo.⁷

7. Véanse cuadros 1 y 2.

-En segundo término, la Administración actúa y opera sobre las premisas y los conceptos de *autoridad y jerarquía*, en modo imperativo (de “orden y mando”), esto es, “vestida de uniforme”, en ejercicio de autoridad (para otorgar o denegar una licencia o imponer una sanción). Pero también se viste “de civil” o “de paisano” (para prestar un servicio a través de una organización de Derecho privado). La Administración, sí, trabaja en forma autosuficiente, cuando sabe lo que quiere y cómo conseguirlo, pues se limita a aplicar el Derecho (si otorga o no esa licencia), pero también trabaja en forma colaborativa y en red con otras Administraciones y el sector privado dentro y fuera de las propias fronteras, cuando no es omnisciente o las dimensiones del problema superan en mucho su tamaño y capacidad (por ejemplo, para indagar si las cenizas de un volcán impiden volar; las medidas a adoptar para evitar una pandemia; o determinar la radioactividad en los alimentos después de un escape nuclear; regular los mercados financieros; o la gobernanza de Internet, entre tantos ejemplos).

Pese a esas otras vidas de la Administración, la legislación tradicional de procedimiento administrativo, anclada en sus orígenes procesales, induce a creer que regula la actividad principal de la Administración como si de un código se tratara, cuando, en realidad, y valga la exageración, su regulación equivaldría a una Constitución que silenciara toda referencia a los derechos de la vida moderna y redujera, por ejemplo, la libertad de expresión a la que se vierte en papel y no en formato electrónico; o a un Código de Comercio que ignorara la existencia de multinacionales y el comercio internacional.

II. PROCEDIMIENTOS DE PRIMERA GENERACIÓN

1. Cuatro notas características

En términos muy simples, podríamos destacar, en lo que ahora importa, cuatro notas que singularizan a los procedimientos administrativos de primera generación, aquellos que tienen su sede en la legislación tradicional:

a) El procedimiento administrativo de primera generación constituye ante todo un instrumento o mecanismo para la *correcta aplicación de Derecho*, en manos de la Administración imperativa, especialmente diseñado para el dictado de actos administrativos singulares (decisiones unilaterales), potencialmente de gravamen o restrictivos de derechos. Ello justifica las garantías que el procedimiento establece, tanto en lo que hace a la iniciación, comparecencia e instrucción, como en punto a la resolución definitiva, el recurso administrativo o la revisión.

b) El procedimiento cumple una función *adjetiva*, accesoria o subordinada respecto del Derecho material, es decir, una función instrumental o al servicio de la mejor aplicación del Derecho: lo relevante a la postre es que la decisión adoptada sea correcta en términos jurídicos. Si la decisión de la Administración resulta conforme a Derecho, las infracciones de procedimiento, salvo que causen indefensión, no adquieren de ordinario trascendencia invalidante (si la denegación de una licencia es correcta, una infracción formal o de procedimiento puede resultar irrelevante). Por ello, si el acto se ajusta materialmente a lo que la ley haya dispuesto, los vicios de forma resultarán fácilmente subsanables (piénsese, por ejemplo, en la regla de la anulabilidad y en el criterio de las irregularidades no invalidantes, y sus equivalentes en tantos otros ordenamientos).⁸ En ese sentido, el procedimiento tiene un carácter *adjetivo*. La consecuencia más plástica y conocida reside en la teoría de los vicios del acto y del procedimiento, donde se aprecia una cierta indulgencia o, si se quiere, una menor severidad: la nulidad absoluta como excepción; la regla de la anulabilidad, matizada a su vez con el criterio de las irregularidades no invalidantes;⁹ la subsanabilidad y conservación; etcétera.

8. Por ejemplo, en la legislación general en vigor en España, pueden verse los arts. 62-67 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo (denominada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Puede verse J. Barnes, *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Cívitas, Madrid, 1993.

9. Por ejemplo, en el caso español, el artículo 63 de la Ley 30/1992 dispone lo siguiente:

c) El procedimiento administrativo se estructura conforme a una visión *procesalista*, que todo lo impregna: las fases en que se articula, las potestades de impulso, la prueba y su práctica, las formas de terminación, etcétera.

d) Constituye, en fin, un proceso *decisorio*, puesto que, como ya notábamos, sirve para dictar actos, aprobar normas, celebrar contratos, elaborar normas, redactar planes, confeccionar proyectos.

Dentro de esta categoría podrían incluirse, por ejemplo:

-Los procedimientos en vía de petición (de un permiso, autorización o licencia, por ejemplo) y en vía de recurso (reposición, alzada, reconsideración, etcétera).

-Los procedimientos de carácter bilateral (entre un ciudadano y la Administración), sean de carácter declarativo, constitutivo, de contenido sancionatorio, etc. Y los procedimientos de carácter multilateral, como los procedimientos competitivos –para la licitación de un contrato, o el concurso para el acceso a la función pública, por ejemplo–; o los de naturaleza contradictoria, porque canalizan múltiples intereses encontrados, como sucede, por ejemplo, en la elaboración del planeamiento urbanístico y territorial o en la construcción de grandes obras públicas.

-Procedimientos de carácter no decisorio, como los de contenido prestacional (entrega de información; prestación de un servicio mé-

“1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.”

dico o asistencial, por ejemplo); de evaluación o estudio (emisión de informes, evaluaciones, análisis); de inspección y control.

Con todo, la pertenencia a esta generación no viene determinada por la tradición o la “naturaleza de las cosas” sino, en última instancia, por el medio o hábitat en el que se cursa el procedimiento: una Administración imperativa, un proceso jerárquico, una ley con programación material a ejecutar por la Administración.

Aunque un procedimiento administrativo así concebido deje muchas cosas fuera (cuadro 1) y responda a un específico “modo” de Administración que no agota todas las opciones (cuadro 2), lo cierto es que posee una extraordinaria relevancia y efectos multiplicadores.

Nótese, a tal propósito, primero, que la evolución y madurez del Derecho Administrativo corre paralela en muchos casos a la emergencia del procedimiento administrativo como institución, como sucedió paradigmáticamente con la Ley federal norteamericana de procedimiento (APA, 1946) y aun hoy acontece en tantos países (Europa del Este, América Latina, Sudeste asiático, por ejemplo); segundo, que el procedimiento es a la Administración lo que la Constitución al Estado, su norma básica, que acompaña en la transformación de la realidad a las funciones que asume la Administración; tercero, que el procedimiento sirve de correa de transmisión en la Administración de valores fundamentales propios de un Estado democrático de Derecho (racionalidad, control y rendición de cuentas, motivación, participación, transparencia, consenso, etc.); cuarto, que el procedimiento, en cuanto guía de la acción administrativa, facilita la lucha contra la corrupción y la discriminación, ya que hace previsibles y fiables sus decisiones, garantiza la independencia y neutralidad en la aplicación del Derecho, y promueve su conformidad con los derechos fundamentales; quinto, racionaliza el trabajo administrativo; y, sexto, que el procedimiento se ha mostrado notablemente expansivo en numerosos países, al incorporar, más allá de trámites, derechos o principios procedimentales, parámetros materiales de actuación (igualdad y no discriminación, proporcionalidad, por ejemplo); las normas de acceso a la información administrativa; la teoría del órgano administrativo (creación, competencia, relaciones, etc.); la teoría del acto administrativo y de los vicios; las fuentes del Derecho Administrativo (como en el caso peruano); el asesoramiento

de la Administración (como en Japón); actuaciones no vinculantes o Derecho indicativo; sistema de responsabilidad extracontractual (como en el Derecho español); etcétera.

Pese a ello, y como seguidamente se abunda, la institución del procedimiento administrativo, tal y como se encuentra regulada en la legislación tradicional, ofrece un retrato insuficiente de la realidad.

2. La distancia o desfase histórico entre la legislación tradicional (procedimiento de primera generación) y la realidad

El procedimiento constituye, como acaba de notarse, la columna vertebral del Derecho Administrativo y representa la pieza que contiene mayor información genética sobre el Derecho público en un tiempo y espacio determinados, como si de una piedra de Rosetta se tratara. La lectura de una Constitución ofrece, sin duda, un extraordinario retrato de la sociedad de su tiempo, pero de ella no se deriva el grado de consecución de los objetivos que persigue, la efectividad y plenitud de los derechos que consagra o de sus mismos contenidos, siempre fijados por la jurisprudencia ulterior. La legislación de procedimiento, por su parte, ayuda, más que ninguna otra institución del Derecho público, a desvelar, entre otras cosas, los siguientes rasgos o elementos del sistema:

- Las modalidades o clases de Administración actuante (de ordeno y mando o de policía; prestacional o de garantía del resultado prestacional; estructurada jerárquicamente como si de una unidad autárquica se tratara o en forma de red, abierta a la colaboración interadministrativa y público-privado; etcétera).
- La posición real que ocupa el ciudadano en el sistema: si es tratado como un ciudadano mudo, mero destinatario de la acción administrativa, o como un ciudadano activo.
- La organización interna, y el modo de gestión de los asuntos públicos.
- La línea de separación entre el Estado y la sociedad; entre la Administración y el ciudadano.

- El grado de eficacia que se pretende asegurar en la consecución de los objetivos; si el procedimiento se preocupa de la fase de aplicación (supervisión y revisión).
- La forma de limitación y control de la Administración.
- La noción de Estado y de empleado público.
- Las relaciones de la Administración con los demás poderes.
- Eventualmente, la teoría del acto y de los vicios; la teoría de la organización; etcétera.

Sin embargo, la legislación actual de procedimiento no serviría para retratar a la Administración contemporánea a comienzos del siglo XXI. La Ley española 30/1992, en su regulación del procedimiento, como tantas otras en el panorama comparado, no es representativa de la realidad actual (véanse cuadros 1 y 2). La lectura de esta y otras leyes es como la de esas Constituciones que seguían recogiendo el voto censitario pese a haber sido superado en la legislación ordinaria.

Poca información ofrecen sobre una realidad más compleja. Y ello por dos razones fundamentales: porque no da cuenta de otras “vidas” o modos de ser de las Administraciones actuales (a), ni de otras formas de gobierno y regulación que no sean las tradicionales (b).

a) Otras vidas que importan a la institución del procedimiento y que encuentran escaso o nulo eco en las leyes tradicionales:

- La *vida privada de la Administración*: ¿cómo ha de decidir y comportarse la Administración cuando se viste de civil y deja su “uniforme” y actúa como una organización sujeta al Derecho privado? ¿Qué principios habrían de regir o inspirar esa actuación?

- La *vida pública de entidades privadas que llevan a cabo actividades de interés general*: ¿cómo han de decidir y comportarse los sujetos privados cuando realizan tareas o funciones que se consideran de interés general en relación con terceros?

-La *vida exterior de la Administración* (más allá del Estado): ¿cómo han de decidir y comportarse más allá de las fronteras del Estado, y a quién representa, cuando la Administración cruza la frontera?

-La *vida pública de la Administración* cuando no actúa con instrumentos formales, imperativos o vinculantes: adopta decisiones informales; aprueba normas de Derecho indicativo o blando (“soft law”), como guías o recomendaciones; negocia; busca el consenso; informa (estado de la salud pública o de la economía).

b) Otros modelos de gobierno que subyacen a las distintas generaciones de procedimiento:

Tampoco refleja la legislación tradicional o de primera generación las nuevas formas de gobierno y de regulación administrativas, distintas a las tradicionales, esto es, de los nuevos métodos de dirección, regulación y gobernanza sustentados, en esencia, sobre una intensa colaboración público-privada e interadministrativa. La legislación de procedimiento muestra una sola clase de Administración (la imperativa o de policía) y un único modelo de gobierno, de arriba hacia abajo (véanse núm. III.1 y cuadros 2 y 3).

En suma, la institución del procedimiento administrativo, en el plano legislativo y doctrinal, se ha mantenido en esencia invariable pese a las profundas transformaciones del Derecho Administrativo contemporáneo.

¿Cómo ha evolucionado el Derecho en esa encrucijada?

-Primero, con una segunda generación de procedimientos, muy incompleta, marcada por la misma idea de una Administración jerárquica, imperativa y autosuficiente.

-Segundo, con una incipiente tercera generación, basada en formas de colaboración, alejadas de toda autosuficiencia.

III. SEGUNDA GENERACIÓN: NORMAS ADMINISTRATIVAS APROBADAS POR ADMINISTRACIÓN JERÁRQUICA

La segunda generación de procedimientos surge con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX y tiene por objeto la aprobación de nor-

mas administrativas infralegales (reglamentos ejecutivos o independientes; planes territoriales o urbanísticos; circulares de organismos reguladores o agencias independientes; ordenanzas locales; etc.). Teóricamente, el procedimiento reglamentario se habría de construir sobre la imagen del proceso legislativo. Ahora bien, como son pocas las reglas que disciplinan la elaboración de leyes, en realidad este procedimiento se acoge en buena medida a la plantilla del proceso judicial.¹⁰ Se trata, en todo caso, de un proceso decisorio.

Con alguna notable excepción,¹¹ la producción normativa que contemplan las leyes de procedimiento se canaliza a través de un proceso regulatorio que se desarrolla de arriba hacia abajo, en manos de una Administración jerárquica e imperativa, y con una participación ciudadana que tiene lugar en una fase tardía, cuando la norma está ya por completo prefigurada.

Se trata en la mayor parte de los casos de procedimientos un tanto rudimentarios,¹² lo cual no deja de ser paradójico si se tiene en cuenta la trascendencia que la actividad reglamentaria ha adquirido desde la segunda posguerra, tanto por el número de normas infralegales aprobadas en relación con las leyes, como en términos cualitativos a la luz de su impacto real que el reglamento cumple en la sociedad postindustrial, en ámbitos como el medio ambiente, la seguridad alimentaria, seguridad pública, salud pública, regulación de los mercados financieros, planeamiento, etc. De ordinario, además, la legislación general se ha concentrado en la aprobación de reglamentos ejecutivos (o de desarrollo de las leyes emanadas del Parlamento), dejando fuera de su consideración la gestación de otras muchas clases de normas administrativas. En ese sentido, sorprende que para

10. Véase E. Rubin, “It’s Time to Make the Administrative Procedure Administrative”, 89 CORNELL L. REV. 95, 135 (2002).

11. Como en el caso de la Ley de Procedimiento Administrativo norteamericana, de 1946. Véase el trabajo de Peter L. Strauss, “Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.”, en la obra colectiva *La transformación del procedimiento administrativo* (editado por Javier Barnes), Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla, 2008.

12. Por ejemplo, *vid.* el art. 24 de la Ley española 50/1997, del Gobierno.

la elaboración de una norma reglamentaria de un organismo regulador o de un banco central se puedan exigir los mismos o menos requisitos procedimentales que para la elaboración de un reglamento que se limita a desarrollar una ley previa.

Dentro de esta generación, pueden citarse dos tipos característicos: los procedimientos de elaboración de disposiciones reglamentarias y los que tienen por objeto la gestación del planeamiento urbanístico y territorial.

La legislación tradicional tampoco ha prestado atención a cuestiones que hoy han adquirido una notable importancia, como pueden ser la elaboración de normas no vinculantes (Derecho indicativo, blando o “soft law”); la producción normativa que emana de la autorregulación privada; o las normas, vinculantes o no, construidas más allá del Estado.

Esa tendencia comienza a ser corregida a impulsos, entre otros factores, de las múltiples iniciativas tendentes a mejorar las políticas regulatorias, en el plano interno, regional (europeo), e internacional (señaladamente, de la OCDE y del Banco Mundial).

IV. TERCERA GENERACIÓN: ACTOS, NORMAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS ELABORADOS EN EL ENTORNO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GOBERNANZA

Por contraste con los procedimientos de primera y segunda generación, en otros escenarios, la Administración no es autárquica, puesto que no lo sabe todo ni lo puede todo, y, en consecuencia, necesita de las demás Administraciones, y del sector privado para realizar numerosas políticas públicas. Cuando la magnitud de los problemas excede la talla de una determinada Administración o de la del Estado, y/o cuando las cuestiones que han de afrontarse están marcadas por la incertidumbre, es necesario colaborar y gobernar de un modo diferente al tradicional. Así surge lo que puede denominarse como “gobernanza”, en tantos ámbitos y sectores como el medio ambiente, la regulación de los mercados financieros, la salud pública, la energía, la seguridad pública, etcétera.

1. Las coordenadas de las nuevas formas de gobierno y administración: la gobernanza administrativa, como presupuesto y entorno de los procedimientos administrativos de tercera generación.

El sistema de producción normativa y de gobierno heredados del Estado liberal del siglo XIX, se caracteriza por tres notas: primero, el Derecho emana de un único centro; segundo, el curso del proceso regulatorio desciende de arriba hacia abajo; y, tercero, la Administración se concibe a sí misma como una organización destinada a ejecutar o aplicar la ley, haciendo uso de técnicas coercitivas (cuadro 3).

Ese sistema se asienta en la premisa de que la ley formal todo lo contempla. A partir de ese postulado, se construye el edificio:

-El Estado es el único “productor” de normas y la regulación tiene, en consecuencia, carácter estado-céntrico.

-La Administración se estructura jerárquicamente y actúa de modo imperativo para llevar a su debido efecto lo establecido en la norma.

-Las leyes se resuelven en órdenes o mandatos positivos y en prohibiciones.

- La regulación se articula en torno a dos fases netamente diferenciadas: la *creación* de la norma y su *aplicación*. Se fundamenta, por tanto, en el binomio “programación-ejecución”. La primera, reservada al Parlamento, y la segunda a la Administración. La discrecionalidad –en virtud de la cual el legislador difiere a la Administración la respuesta o la decisión– tiende a concebirse en el plano teórico como algo excepcional, un privilegio a reducir y “combatir”.¹³

13. Para mayor abundamiento, me remito a mi trabajo Introducción. Reforma e innovación del procedimiento administrativo, en La transformación del procedimiento administrativo, cit. , pp. 31 y ss.

Esta forma de legislar y administrar ha perdido su monopolio, como consecuencia de las profundas transformaciones del Estado y Administración contemporáneos,¹⁴ consecuencia inmediata, entre otros factores, de la apertura de tres fronteras celosamente guardadas durante largo tiempo.¹⁵

a) La primera es la caída del muro que divide el plano nacional y el supranacional. La Administración y el Derecho Administrativo ya no son solo ni exclusivamente “estado-céntricos”. La acción exterior de las Administraciones nacionales ha crecido exponencialmente. A ello se añade la existencia más allá del Estado de una variada gama de organismos reguladores, públicos, privados y mixtos, con efectos multiplicadores para las políticas públicas nacionales. Al fin y al cabo, las políticas relevantes ya no son solo “nacionales” o “domésticas”.¹⁶

b) La disolución de la segunda frontera –la que separaba lo público y lo privado– tampoco ha pasado desapercibida. La permeabilidad entre ambas esferas resulta no menos trascendente. El Estado y la sociedad, la Administración y el ciudadano no constituyen ámbitos aislados que nunca se tocan; la Administración no define en solitario en tantos sectores lo que al interés general conviene: si un medicamento es apto para el consumo humano; cuál sea la mejor tecnología disponible; o el plan de estudios más adecuado. Ni el sector privado puede vivir, desinteresado, a espaldas de la regulación. Hoy día la Administración y la sociedad tienden a actuar de consuno, como socios que se necesitan. La co-regulación y la autorregulación no son

14. Sobre el tema, véanse las dos primeras obras colectivas citadas en nota 6.

15. Sobre este tema, y para mayor desarrollo de cuanto aquí se dice, me remito a mi trabajo “TOWARDS A THIRD GENERATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE”, en *Comparative Administrative Law*, Edited by Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, Edward Elgar Publishing, Yale, 2010.

16. Véase, a título de ejemplo, Javier Barnes, “UN ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y UNA CONSTITUCIÓN DEL SIGLO XX”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, Madrid, mayo-agosto (2007), págs. 293-315, señaladamente pp. 303 y ss.

sino dos manifestaciones más de las nuevas estrategias regulatorias en las que se implica activamente al sector privado.¹⁷

c) La tercera frontera que parece relativizarse es la que distinguía la formulación de las políticas, de su gestión posterior; la creación del Derecho, de su aplicación. Las rígidas fases en que se escalonaba el proceso regulatorio –la creación de reglas sustantivas a cargo del legislador, primero, y, más tarde, su aplicación, confiada a la Administración– parecen desdibujarse en numerosos sectores, como consecuencia de la incapacidad de la ley para anticiparse a la realidad y dirigir en consecuencia la acción administrativa en los términos en que tradicionalmente era concebida esa vinculación o sometimiento. En tantos casos, la Administración ya no encuentra en la ley la receta a aplicar. Si la ley no puede definir cuáles sean las sustancias químicas peligrosas, el crecimiento sostenible en cada caso, los estándares técnicos que hayan de seguirse para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio, por dónde, en qué forma y con qué usos constructivos ha de crecer la ciudad, o qué determinaciones se han de adoptar para asegurar la competitividad de un concreto mercado de las telecomunicaciones, por ejemplo, habrá de idear, en compensación, mecanismos, foros y reglas para hallar la solución correcta, en términos de eficacia, de legitimidad democrática y de control. Entre otros mecanismos, el legislador establece procedimientos cualitativamente distintos a los tradicionales, a través de los cuales dirige a la Administración y asegura la búsqueda de la solución más adecuada.

A través de ellos, y en un proceso continuo, se establece la regla o el criterio; se aplica y proyecta en la práctica; se vigilan y supervisan las consecuencias o efectos que genera; se modifica o revisa la regla en función del resultado deseado, como si se tratara, no de una foto fija, sino de una

17. Véase, por ejemplo, el Acuerdo interinstitucional del Parlamento, Consejo y Comisión - «Legislar mejor» [Diario Oficial C 321 de 31.12.2003], arts. 18-23.

imagen en movimiento. El proceso regulatorio se concibe como un ciclo constante, en permanente movimiento.

La Administración (los bancos centrales, la agencia europea del medicamento, el organismo regulador en materia de telecomunicaciones o energía, o la Administración medioambientalmente responsable, por ejemplo) adquiere en consecuencia una mayor responsabilidad y protagonismo, puesto que su papel se aleja de la mera ejecución de una previa ley material que programe y predetermine su acción en términos condicionales (si concurre tal presupuesto de hecho, la acción a tomar o consecuencia habrá de ser la específicamente determinada).

d) La apertura de esos nuevos espacios, como si de la liberación de un gas se tratara, expande el Derecho Administrativo. La quiebra de esas fronteras o líneas divisorias abre, en efecto, nuevos territorios que son colonizados por nuevas formas de gobierno y regulación (cuadro 3). El modo tradicional de gobierno se había construido sobre la impermeabilidad de esas fronteras (global-nacional; público-privado; creación-aplicación). El *nuevo* Derecho Administrativo no es sólo nacional o supranacional, sino global; no es sólo Derecho público, sino también privado; no es ya sólo el Derecho que controla la aplicación administrativa de las leyes y regula los instrumentos de que ésta se sirve, sino el que guía la creación de normas, reglas y soluciones y, más ampliamente, la realización de las amplias políticas públicas que a la Administración contemporánea se le confían.

Si, en efecto, el Derecho Administrativo deviene global, interactúa con el sector privado y se ocupa de la dirección de las nuevas políticas públicas a través de procesos regulatorios mucho más complejos, será necesario organizar las cosas de otro modo. Esa necesidad da lugar a nuevos modelos o modos de gobernanza para regular la salud pública, la seguridad aérea o alimentaria, los mercados financieros, las telecomunicaciones o los servicios en el marco de la Unión Europea. Y ahí el procedimiento tiene un protagonismo especial. De entrada, ha de abandonar su molde procesal para desempeñar nuevas y más altas funciones: la elaboración de normas, públicas o privadas con relevancia pública, vinculantes o no; la

dirección, guía o asistencia en las nuevas políticas públicas en las que la ley no ha establecido la solución material, sino que difiere su hallazgo al procedimiento.

2. La función del procedimiento en el marco de la gobernanza administrativa: el procedimiento como instrumento de dirección de la Administración por parte del Parlamento, y de dirección del sector por parte de la Administración.

El procedimiento aquí no opera como una mera herramienta para la correcta aplicación del Derecho material, ni persigue preferentemente controlar la discrecionalidad administrativa en sentido defensivo o “ex post”, como acontece en la primera generación. En escenarios en los que la Administración no cuenta con un conjunto de soluciones preparadas por el legislador, a modo de instrucción, hoja de ruta o receta, la institución del procedimiento cumple una finalidad de *dirección*, y no es ya un mecanismo de aplicación del Derecho, sino de creación e innovación jurídicas, de búsqueda de soluciones. Satisface así una función de guía y dirección de carácter positivo, previo y sistemático, puesto que es capaz de condicionar “ex ante” y predeterminar a su través la acción administrativa futura en un doble sentido:

a) primero, porque el parlamento dirige la acción administrativa en la medida en que decide cómo ha de decidir la Administración, precisamente en aquellos ámbitos en los que la ley no puede anticiparse a la realidad, esto es, cuando el parlamento no puede diseñar un programa de actuación concreto y determinado. Así, por ejemplo, el legislador no sabe si se podrá autorizar un futuro medicamento para el consumo humano, pero sí puede decidir cómo habrá de tomarse esa decisión: mediante el consenso de una red de científicos; sin la presencia de los laboratorios farmacéuticos, esto es, entre otras cosas, mediante reglas de procedimiento.

b) segundo, porque la Administración dirige el sector mediante la exigencia de normas de procedimiento aplicables a los restantes actores, públicos o privados, que participan en el proceso regulatorio.

Así, por ejemplo, la Administración puede supervisar si los códigos de conducta establecidos a través de la autorregulación sobre la prestación de cada servicio económico a escala europea se han formulado con la suficiente representatividad, consenso y transparencia, elementos estos con una clara dimensión procedimental.

Pues bien, las reglas de procedimiento tienen mucho que decir en la elaboración y desarrollo de estas nuevas políticas públicas (cuadros 3 y 4). Al procedimiento le preocupa satisfacer muchas de las necesidades que aquellas demandan: una mayor responsabilidad del ciudadano en la gestión del procedimiento (v.gr.: instrucción del procedimiento en los supuestos de licencias medioambientales; comunicación de la actividad proyectada *versus* autorización, en el ámbito de la prestación de servicios, por ejemplo), pasando por el constante intercambio de información entre Administraciones a todos los niveles, la evaluación de las distintas opciones o alternativas, el análisis de impacto regulatorio o de coste-beneficio, hasta la supervisión de las decisiones adoptadas y su modificación cuando se detecte la desviación de los objetivos propuestos, etcétera.

3. Algunas notas de los procedimientos de tercera generación.

a) Cuando hablamos de procedimientos administrativos de tercera generación no hacemos referencia necesariamente a un proceso lineal, secuencial y sucesivo conducente a una decisión, como sucede tradicionalmente en la primera generación.

De entrada, puede tratarse de procedimientos completos (por ejemplo, el procedimiento para la evaluación estratégica ambiental); de procedimientos compuestos o escalonados en los que intervienen diversas Administraciones nacionales y supranacionales (como acontece en muchos supuestos en el ámbito europeo);¹⁸ o de componentes aislados, tales como

18. Véase H.C. Röhl, “El procedimiento administrativo y la Administración «compuesta» en la Unión Europea”, en *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Editorial Derecho Global-Global Law Press, Sevilla, 2008, capítulo III.

un “trámite” (conferencia o foro de discusión de todas las Administraciones implicadas y el sector privado, por ejemplo); un principio (transparencia y representatividad en los procedimientos privados de establecimiento de normas o estándares técnicos en el ámbito de la autorregulación, por ejemplo); un derecho (a participar, aunque no se sea interesado, y entablar un diálogo con la Administración responsable del procedimiento, por ejemplo); etcétera.

b) Además, esos elementos acompañan las distintas fases en que puede descomponerse el ciclo de la política pública de que se trate: la construcción de prioridades o fijación de agenda; análisis, evaluación, debate y discusión sobre las diversas alternativas; aprobación; aplicación; supervisión y modificación. Mientras los procedimientos administrativos de primera generación se limitan a aplicar la ley y en consecuencia adquieren una estructura característica, propia de los procesos de aplicación del Derecho, en la tercera, por el contrario, se trata de hallar una solución no escrita, de establecer una nueva regla, estándar o criterio, y de hacerlo además entre todos, pues todos son necesarios, y sin que tenga el producto final (norma, estudio, evaluación, recomendación o acto administrativo singular, por ejemplo), un carácter definitivo, ya que se trata de ámbitos y sectores marcados por la incertidumbre y el constante cambio y aprendizaje. La luz verde para volar ante la erupción de un volcán y la expulsión de cenizas puede cambiar a cada instante; como también la autorización ambiental o la licencia para comercializar un producto farmacéutico. Nos movemos, en otras palabras, en escenarios mucho más complejos.

c) En ese proceso regulatorio participan no solo las Administraciones territoriales y organismos reguladores investidos de autoridad, sino también otros actores, como entidades y empresas del sector público (sociedades sujetas al Derecho privado, por ejemplo); el sector privado en régimen de autorregulación (normalización de productos, por ejemplo); el sector privado en el desempeño o prestación de servicios de interés general (sectores regulados); las organizaciones privadas subvencionadas (organizaciones no gubernamentales, por ejemplo); contratistas de la Administración; el público; entre

otros. Los procedimientos de tercera generación se extienden, con las necesarias adaptaciones, por esos territorios, en la medida en que cada actor contribuye de alguna manera al conjunto.

Ello significa, en síntesis, que el procedimiento se extiende no solo a las *Administraciones públicas* (territoriales, organismos reguladores o agencias independientes) cuando actúan predominantemente en modo cooperativo (i), sino también al *sector privado* en cuanto se inscribe en el proceso regulatorio (autorregulación, sectores regulados, actividades subvencionadas, incluso actividades meramente privadas –gobernanza corporativa–, etc.) (ii), y al *sector público* (empresas y entidades públicas) (iii). Así, y a mero título de ejemplo, el procedimiento se ocupará de resolver, en el primer caso (i), los problemas de intercambio de información entre las Administraciones actuantes, y entre estas y el público o los interesados (procedimientos de evaluación estratégica ambiental; procedimientos de los organismos reguladores en materia de telecomunicaciones; etc.); o de la forma de hallar un consenso entre los expertos (procedimientos de aprobación para el consumo humano de un medicamento, por ejemplo). En el segundo (ii), el procedimiento se proyecta para asegurar, por ejemplo, la transparencia del sector privado en la toma de decisiones que afectan a los interesados, consumidores o usuarios (mediante la publicidad, el acceso a la información, o la sujeción a los principios de la contratación administrativa); o para garantizar la representatividad de todos los productores o prestadores de servicios en el ámbito de la autorregulación, entre otras cosas. En el tercer supuesto (iii), las exigencias procedimentales pueden referirse igualmente a la transparencia en la toma de decisiones, a la publicidad de sus actividades y presupuesto, a la observancia y control de los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad, al respeto de los principios de la contratación pública, etcétera.

El procedimiento de tercera generación es, pues, público y privado; sirve de correa de transmisión de los valores que encierran los principios constitucionales estructurales (principio democrático, Estado de Derecho, eficacia); y cumple una función sustantiva: participar activamente en el proceso regulatorio en modo o clave de cooperación.

d) Los procedimientos de tercera generación, por otra parte, comprenden procesos decisorios (decisiones singulares, normas infralegales), y no decisorios (análisis, obtención e intercambio de información, acciones de supervisión y vigilancia, por ejemplo).

- Entre los procedimientos decisorios de tercera generación que tienen por objeto resoluciones singulares se pueden citar los procedimientos simplificados de la Directiva de Servicios de 2006,¹⁹ en la medida en que esta norma aboga por la mera comunicación de la actividad proyectada, lo que supone, primero, una transferencia al ciudadano de la responsabilidad de observancia de la legalidad, con los costes que ello implica, y, en segundo lugar, una colaboración inter-administrativa en el espacio europeo sumamente avanzada (simplificación del procedimiento significa de ordinario un trabajo técnicamente más elaborado y sofisticado por parte de la Administración).

- Pero el procedimiento de tercera generación se preocupa también por la elaboración de normas reglamentarias, tales como la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico con una participación y diálogo entre Administraciones y el público más intenso y efectivo; la elaboración de las circulares de un organismo regulador en materia de telecomunicaciones, en una forma más participada o con una iniciativa mayor en manos de los operadores para hacer propuestas; la elaboración de documentos de Derecho indicativo o “soft law” (manuales, recomendaciones, vademécum, revisión por pares, etc.); reglas de representatividad de los sujetos privados dentro de la autorregulación cuando elaboran normas técnicas; etcétera.

- Son numerosas, y en ocasiones más relevantes, las fórmulas, criterios o principios de procedimiento que, sin desembocar directamente en la toma de decisiones, tienen por objeto satisfacer las múltiples

19. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [Diario Oficial L 376 de 27.12.2006. Para una introducción, *vid.* http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/job_creation_measures/l33237_es.htm.

necesidades de las nuevas formas de trabajo y elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información,²⁰ consultas para identificar las prioridades de una determinada política, colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos, etc.

V. TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, TRES “TEORÍAS GENERALES”

La manera en la que nosotros pensamos el procedimiento está muy lejos de corresponderse con la manera en la que se llevan a cabo o cursan los procedimientos en la realidad. Hay modelos muy diferentes –generaciones, aquí llamadas– que, sin embargo, se explican a la luz de una escasa teoría que tan sólo da cuenta, y muy parcialmente, de uno de esos modelos.

Con la expresión, conscientemente exagerada, que encabeza el presente epígrafe, se quiere llamar la atención sobre la necesidad de distinguir y matizar, hasta donde sea necesario, cada uno de los pilares o elementos del procedimiento administrativo clásico. La instrucción del procedimiento, la participación, la motivación de las decisiones, los vicios del procedimiento (mucho más exigente en la última generación), la estabilidad y conservación del producto final, y tantas otras cosas no admiten una consideración unitaria y uniforme.

Veámoslo, a mero título de ejemplo, con la transparencia.

20. Por ejemplo, en lo que hace a la CMT, responden a esta idea del procedimiento como intercambio de información los requerimientos de información de carácter formal a que se refiere el art. 9 LGT; los requerimientos informales de información por cualquier medio (correo electrónico, teléfono); el intercambio de información sin requerimiento (entre organismos reguladores, por ejemplo, a través del European Regulatory Group o cualquier otro foro) y comunicaciones constantes de los operadores hacia el organismo regulador (sin requerimiento previo); las consultas de la CMT a todos los operadores; etcétera.

Aquí, como en otros elementos, no se puede hablar de “la” transparencia, sino de “las” diversas formas de transparencia, según el tipo de procedimiento de que se trate y, en última instancia, de acuerdo con las distintas formas o modos de regulación y administración en que aquel se inscriba. La transparencia constituye, en ese sentido, un fenómeno transversal que recorre y atraviesa el terreno de las tres generaciones.

En lo que aquí interesa –la modulación o proyección de la transparencia en los procedimientos administrativos–, cabe apreciar una diversa fisiología y finalidad en cada generación, y dentro de esta, en cada subtipo o especie. En otras palabras, el derecho de acceso a la información administrativa, cuando menos en el marco del procedimiento, no es reconducible a la unidad, a un régimen unitario, puesto que, según se inserte en una u otra generación y especie, responderá a funciones y estructuras diversas. Una cosa es, por ejemplo, el acceso a la información administrativa con fines de defensa de los propios derechos e intereses, y otra, muy distinta, el acceso a la información medioambiental del público como instrumento de supervisión y control de la legalidad medioambiental y, más ampliamente, de la política en materia de medio ambiente, o el derecho de acceso a la información para su reutilización. Son magnitudes diferentes, sin perjuicio de que participen de raíces y fundamentos comunes.

-Así, la transparencia, en buena parte de los procedimientos de aplicación del Derecho material o de primera generación, se expresa, por ejemplo, en el derecho de acceso al expediente en que se articula el procedimiento, o en el acceso a otros expedientes análogos para su contraste o comparación; así como en una motivación adecuada de la decisión adoptada. Presenta una evidente vertiente defensiva. El acceso a la información, en efecto, permite diseñar una estrategia defensiva frente a actos administrativos potencialmente de gravamen o restrictivos de derechos. En otros casos, por el contrario, como acontece en los procedimientos de carácter o contenido prestacional, la transparencia asegura el ejercicio de otros derechos, como en materia de medio ambiente. La información facilita la elección. Así, por ejemplo, el procedimiento de solicitud de información ambiental, si

desemboca en la entrega de la información requerida, podrá permitir el control y la supervisión de la acción administrativa y del sector privado, y actuar en consecuencia. El ciudadano se convierte en un eventual agente fiscalizador del respeto al medio ambiente. La transparencia aquí constituye un instrumento regulatorio: el público como sujeto activo, al que se le reconoce la acción popular.²¹ Otro supuesto lo constituye el procedimiento de solicitudes de reutilización de documentos administrativos (información social, económica, geográfica, meteorológica o turística y sobre empresas, patentes y educación), sea o no con fines comerciales, y cuyo objetivo radica en asegurar un mercado interior en el acceso a materia prima tan esencial, como es la información administrativa, en condiciones equitativas, proporcionadas y no discriminatorias. La transparencia en el procedimiento de autorización y de puesta a disposición del documento asegura esas condiciones y la observancia de las normas de la competencia.²²

En suma, cuando se trata de un procedimiento que puede desembocar en un acto potencialmente limitativo, acordado por una Administración imperativa, la transparencia contribuye a la defensa individual. Cuando, por el contrario, estamos ante procedimientos con un cierto carácter prestacional –como el de acceso a la información medioambiental o el de reutilización de la información administrativa–, la transparencia cumple otras finalidades de naturaleza regulatoria, esto es, como instrumento de control y supervisión; y de garantía de la competencia en el mercado único del bien en cuestión, como sucede en el caso europeo.

21. *Vid.*, por ejemplo, los arts. 20 y ss. de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

22. Cfr. Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, arts. 10 y ss., así como la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público.

-En los procedimientos de segunda generación, y habida cuenta de que se trata de procesos que siguen un curso de arriba hacia abajo o de secuencia jerárquica, y en los que la Administración sabe lo que quiere (por ejemplo, tiene clara la filosofía que ha de presidir un anteproyecto de ley, el desarrollo reglamentario que ha de darle a una concreta ley, o el contenido de un plan urbanístico, por ejemplo), la transparencia garantiza el conocimiento anticipado de lo perseguido y, por consiguiente, la defensa y participación del colectivo afectado y, en su caso, la búsqueda del consenso. Sirve además, en un sentido más amplio, como presupuesto o nutriente del derecho a ser informado.

-En la tercera generación, la transparencia cumple funciones diversas y heterogéneas, como heterogéneas son los procedimientos o elementos procedimentales que conviven bajo esa rúbrica. Si el entorno y hábitat en el que estos viven reside en la colaboración (sea entre Administraciones y/o con el sector privado), la transparencia representa aquí el aire que respira el entero proceso, el presupuesto inexcusable para que una tal colaboración pueda producirse, máxime, primero, cuando ésta se extiende a todas las fases del ciclo de las diversas políticas públicas (fijación de prioridades y agenda; determinación de las líneas básicas; ponderación de las diversas opciones; aprobación definitiva; constante revisión sobre su efectividad; modificación, y, segundo y no menos importante, cuando intervienen una multiplicidad de sujetos o actores, públicos y privados, insertos en una red o proceso regulatorio. La transparencia se convierte entonces en la lengua franca que permite la participación de todos. A ello se añade que cada actor estatal o no estatal, todo agente público o privado, en cuanto participantes en el proceso regulatorio, ha de ser objeto de control, ha de rendir cuentas de modo continuado, para lo que la transparencia relativa a esa función regulatoria resulta ser un presupuesto inexcusable.

A partir de ahí la transparencia puede adoptar una multiplicidad de expresiones, en virtud de las especies o subtipos de procedimientos –o elementos procedimentales– de tercera generación. Se trata de deberes u obligaciones que se sustentan a través de reglas de procedimiento:

-Administraciones territoriales en modo cooperativo (colaboración inter-administrativa y público-privado): por ejemplo, la transparencia en la evaluación estratégica ambiental hace viable la participación del público y de las Administraciones interesadas, representa la sangre que circula por el entero sistema. El acceso a la información en el marco del procedimiento de evaluación estratégica ambiental posibilita una decisiva participación del público en general y de otras Administraciones. En ese sentido, entraña una forma de corresponsabilidad de los sujetos participantes en el proceso regulatorio. El acceso a la información responde aquí, de nuevo, a una estrategia regulatoria: el público, y otras Administraciones, podrán impedir opciones políticas (por ejemplo, centrifugar una zona verde) por parte de las Administraciones responsables que sean contrarias a un crecimiento sostenible, en la forma en que este haya sido apreciado en el curso del procedimiento.

-Sector público sujeto al Derecho privado: por ejemplo, la publicidad del gasto realizado, la motivación de las decisiones adoptadas, o la contratación de acuerdo con los principios de la contratación pública y su inherente transparencia pueden servir como instrumento de control.

-Sector privado en régimen de autorregulación: en la medida en que ostenten un poder delegado (para establecer, por ejemplo, el código de conducta de una profesión, o las normas técnicas de elaboración de un producto), la transparencia asegura la fiabilidad y representatividad de los intervinientes, a fin de asegurar que ningún sector o empresa dominante impone sus propios criterios.

-Sector privado en el desempeño de servicios públicos o actividades de interés general (“sectores regulados”): la transparencia permite elegir al consumidor e invertir con conocimiento de causa. De ahí la necesidad del acceso de la información en manos de estas compañías, y la obligación de difundir e informar tanto al público como al organismo regulador, señaladamente de aquellos extremos que afecten a la esencia del servicio: universalidad, precio razonable y calidad. En la medida en que el sector privado participa en el proceso regulatorio, mediante la prestación de servicios de interés general, resulta exigi-

ble la aplicación de las normas de acceso a la información administrativa, aunque esta deba serlo por analógica y ajustada a la flexibilidad propia del Derecho privado.

Otro ejemplo lo constituye la transparencia en la contratación que realizan, se sujete o no a los principios de la contratación administrativa; etcétera.

-Actividades de entidades privadas, con o sin ánimo de lucro, que sean subvencionadas con fondos públicos (investigación, economía, cultura, educación, cooperación, asistencia, etc.): la transparencia podrá manifestarse en la publicación de los beneficiarios y los motivos de la adjudicación, la cuantía de las subvenciones, su destino y justificación final, etcétera.

-Contratistas de la Administración: la transparencia puede servir, respecto de terceros, para informar sobre el servicio; como modo de control y garantía de respeto de los valores y derechos constitucionales, tales como la igualdad y no discriminación, proporcionalidad, y, según los casos, respeto al medio ambiente y a la vida, protección de la infancia, de la salud, etcétera.

El fundamento último que justifica la aplicación de los principios y valores del procedimiento administrativo, con las necesarias adaptaciones desde luego, radica en que esas actividades, aunque sujetas al Derecho privado, en realidad se integran en un único y complejo proceso regulatorio. El Derecho privado opera aquí como un instrumento de colaboración e interacción con el Derecho público, no como un puerto franco o una zona exenta de los valores y principios que acompañan a la regulación, gobierno y administración. El sector privado ha comenzado a desempeñar en las últimas décadas relevantes funciones públicas y numerosas actividades económicas de interés general, que antes correspondían a la Administración. Es lógico esperar que las garantías y deberes hacia los ciudadanos que incumbían a la Administración cuando realizaba por sí misma esas tareas se desplacen ahora hacia los actores no estatales cuando se integran en ese proceso regulatorio.

Cuadro 1
CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
TRADICIONAL Y DÉFICITS QUE PRESENTA
Introducción *

	Notas características del procedimiento administrativo tradicional	Algunos ejemplos de los déficits de la legislación de procedimiento administrativo tradicional
Ámbito de aplicación	El <i>ámbito subjetivo</i> de la legislación se circunscribe a las Administraciones públicas y a las Entidades de Derecho público “cuando ejerzan potestades administrativas”. (art. 2.2)	La legislación tradicional de procedimiento no contempla, por ejemplo, la acción administrativa sujeta al Derecho privado.
Concepto	<p>El procedimiento administrativo constituye un <i>proceso decisorio</i>:</p> <p>El procedimiento tiene por objeto la adopción de decisiones (que habrán de desembocar en actos, contratos o normas).</p> <p>En otras palabras, el procedimiento clásico nace ligado a supuestos y situaciones específicas a las que pretende dar respuesta.</p>	Por tanto, quedan fuera de su consideración, por ejemplo, aquellos procedimientos que no están diseñados, al menos de modo directo, para concluir en la adopción de una concreta decisión, puesto que su objeto consiste más bien en la obtención y tratamiento de la información (ejemplos: procedimientos de control de subvenciones; procedimientos de elaboración de la cartografía medioambiental; etcétera). Tampoco caen dentro de la definición del procedimiento como

* Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

proceso decisorio las actividades y prestaciones materiales que lleva a cabo la Administración (asistencia social, mediación, etc.).

Estructura y morfología	<p>Es un <i>proceso formal</i>: La legislación regula la actividad administrativa que se sujeta a un procedimiento formalizado cuyo objeto final es, igualmente, una decisión formal (acto, contrato, reglamento).</p> <p>Presenta una estructura lineal, secuencial y sucesiva.</p>	<p>Ello excluye, por ejemplo, la acción administrativa no formalizada (negociaciones previas y tratos preliminares, consultas, asesoramiento, etc.); la elaboración de los instrumentos de carácter no vinculante (mecanismos de Derecho indicativo o “soft law”: recomendaciones, interpretaciones, guías, etc.).</p> <p>Puede presentar otras estructuras (en forma de red) o representar elementos o componentes de procedimiento aislados.</p>
Producto típico del procedimiento	<p>El <i>producto</i> característico de la legislación de procedimiento es el acto administrativo singular (en particular, de gravamen).</p>	<p>El reglamento, por ejemplo, ocupa un lugar muy secundario (salvo excepciones, como en la Ley federal norteamericana de procedimiento).</p>
Finalidad de aplicación normativa / creación del Derecho	<p>El procedimiento constituye un instrumento para la correcta <i>aplicación</i> del Derecho material. El procedimiento administrativo posee una función secundaria respecto del Derecho sustantivo. Si la resolución final es conforme con la legalidad, la infracción de</p>	<p>No tiene en cuenta, por ejemplo, el procedimiento como foro para la <i>creación</i> o búsqueda de la mejor solución no predeterminada por la ley (plan urbanístico; evaluación estratégica ambiental; etc.).</p> <p>El procedimiento no</p>

	<p>procedimiento carece de relevancia en muchos casos.</p> <p>El procedimiento, inserto en la clásica división entre la <i>creación</i> del Derecho y su <i>aplicación</i>, se concibe esencialmente como un instrumento al servicio de la segunda.</p>	<p>acompaña el ciclo completo de las políticas públicas.</p> <p>En la legislación tradicional, no se contempla el procedimiento como un mecanismo que se extiende a todas las fases: preparación de la política pública; establecimiento de prioridades; toma de decisiones; desarrollo; aplicación; revisiones y modificación; control; etcétera.</p>
Actividad de ejecución	<p>La única actividad de ejecución o de aplicación del Derecho que se recoge es la <i>ejecución forzosa</i>. Se parte de la premisa de que las fases de creación y de aplicación se hallan rígidamente separadas.</p>	<p>No se hace referencia a la búsqueda del consenso o a la cooperación público-privado, en la ejecución y desarrollo de la norma; no se regula, ni parece formar parte del procedimiento, la supervisión o control de las decisiones adoptadas (por ejemplo, autorizaciones provisionales; los efectos indeseados o no previstos de una evaluación medioambiental, etcétera).</p>
Acción administrtriva interior / exterior	<p>La legislación de procedimiento mira “hacia adentro”.</p>	<p>Descuida las relaciones inter-administrativas en el plano europeo e internacional.</p>
Canales de comunicación Administración / ciudadano	<p>La <i>comunicación</i> entre la Administración y el ciudadano se encuentra definida en términos muy estrechos. La posición de los interesados y de sus derechos e intereses, amparada por la seguridad</p>	<p>No se regula la instrucción practicada por el sujeto privado (como sucede, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente).</p>

jurídica, de un lado, y la de la Administración, defensora en exclusiva de los intereses generales, de otro, están definidas de un modo rígido y distante. En consecuencia, la instrucción del procedimiento se realiza de oficio, con un carácter un tanto paternalista.

División de poderes

Comprensión del *principio de separación de poderes*, como sinónimo de funciones rivales. Desde la estrecha comprensión tradicional del principio de división de poderes, el ejecutivo (un término que en tantos sistemas jurídicos sirve para designar al Gobierno y a la Administración) se limita a “ejecutar” y a “administrar”, y, en consecuencia, no formula políticas públicas. Como se trata tan sólo de eso, de aplicar, el procedimiento adquiere una estructura a imagen y semejanza del proceso, bien sea con la rúbrica norteamericana del “due process”, de la británica “natural justice” o francesa de los “derechos de defensa”.

Las tres funciones son *complementarias* y aliadas:

Las nuevas formas de dirección y gobernanza se alejan de ese reduccionismo y reclaman una comprensión del procedimiento que no responda a una estructura procesal para abarcar el ciclo completo de la política pública.

Vertiente defensiva / activa

El procedimiento presenta un carácter *negativo* o defensivo frente a la arbitrariedad y abuso de poder de la Administración. Por ello, el procedimiento decisorio pretende garantizar:

- que las decisiones sean imparciales;

El procedimiento administrativo en *positivo*: como instrumento que garantice un correcto y eficaz ejercicio de la discrecionalidad:

- que las decisiones discrecionales sean

	<ul style="list-style-type: none">• que sean adoptadas por el órgano competente;• que se respeten los derechos de los ciudadanos. <p>El procedimiento opera como un mecanismo de <i>control</i> del poder</p>	<p>razonables y eficaces, las mejores posibles;</p> <ul style="list-style-type: none">• que se condicionen y enmarquen dentro de una sólida participación y transparencia;• que ponderen todos los bienes, derechos e intereses en presencia. <p>El procedimiento representa un instrumento de <i>dirección</i> del poder.</p>
Rigidez / flexibilidad de los elementos del procedimiento	<p>Los procedimientos son “duros” y rígidos. Se establecen requisitos muy poco flexibles, por ejemplo, sobre:</p> <ul style="list-style-type: none">• el alcance de la participación y momento en que se produce;• los canales de participación y la forma de intercambio de información; <p>auxilio administrativoel modo y la forma en que ha de tomarse la decisión</p>	<p>Resultan escasos los requisitos procedimentales de carácter “blando” y flexible. Por ejemplo, para conseguir una:</p> <ul style="list-style-type: none">• comunicación abierta;• participación fluida;• deliberación basada en la búsqueda del consenso.

Cuadro 2:
MODELO DE ADMINISTRACIÓN QUE SUBYACE A LA LEGISLACIÓN
DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL
Introducción*

	Modelo de Administración de la legislación tradicional de procedimiento administrativo	Algunos ejemplos de modelos de Administración ignoradas en la legislación tradicional de procedimiento administrativo
Modelo básico de actuación administrativa	La Administración característica de la LPA es la propia de la actividad administrativa de policía (orden y seguridad públicas), o, más ampliamente, la de una Administración que actúa con “imperium”.	Otras formas y modalidades de Administración son ignoradas: por ejemplo, la Administración que garantiza la prestación en el ámbito de la autorregulación regulada; la Administración que coopera con los sujetos privados; la Administración que trabaja en común con otras Administraciones en el espacio europeo e internacional; la Administración prestacional; la Administración mediadora; etcétera.
Estructura de la Administración	Es una Administración jerárquica, cerrada y piramidal. Está diseñada para transmitir órdenes e información de arriba hacia abajo.	No contempla la Administración en red que coopera horizontal y verticalmente con otras Administraciones; los organismos reguladores de los sectores regulados; etcétera.

* Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Técnicas coercitivas	La legislación de procedimiento concibe a la Administración como una organización que dicta resoluciones unilaterales y obligatorias, acompañadas de técnicas coercitivas.	La Administración que informa, la Administración que elabora instrumentos de Derecho blando (recomendaciones, guías, etc.); la Administración que realiza actividades materiales, etc. no tiene espacio en la legislación general de procedimiento.
Organización administrativas e infomación	El flujo de información dentro de la estructura interna de la Administración carece de interés para la Ley. Las técnicas de colaboración que se siguen en los procedimientos que se utilizan en el marco del método tradicional (por ejemplo, la evacuación de informes de una Administración a otra en los procedimientos de elaboración del planeamiento territorial) resultan pobres e insuficientes en muchos casos.	Por ejemplo, obtención, procesamiento e intercambio de información que requiere la Administración en el marco de la autorregulación regulada, y, más aún, de las Administraciones del espacio comunitario no son objeto de atención.
Participación y colaboración inter-administrativas	La participación de otros órganos u Administraciones en el curso del procedimiento clásico ocupa un lugar secundario. El procedimiento no está concebido como un instrumento de colaboración inter-administrativa: se trata de una Administración encerrada en sí misma.	En consecuencia, quedan fuera de la legislación tradicional, por ejemplo, la Administración "compuesta" o conjunto de Administraciones que actúan en conjunto dentro del espacio europeo, y más ampliamente, todos los supuestos en los que la colaboración no se basa en un encuentro puntual y en una relación jerárquica; o no se asienta sobre las premisas de una posición fragmentada o sectorial.

Administración interna / exterior	Es una Administración “estado-céntrica”, que no opera más allá de las fronteras nacionales.	No contempla a la Administración nacional en su condición de Administración comunitaria, menos aún la acción administrativa internacional.
--	---	--

**Cuadro 3:
DE LA REGULACIÓN TRADICIONAL A LA GOBERNANZA**

	Modelo clásico de regulación	Nuevas formas de dirección y gobernanza
Naturaleza del derecho	<ul style="list-style-type: none"> • Predominio de normas de carácter material o sustantivo. • Derecho emanado desde un único centro. • Derecho imperativo (prohibiciones y mandatos). • Normas abstractas, generales y rígidas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Elevado número de normas de procedimiento. • Derecho emanado de forma descentralizada. • Pluralidad de centros de producción normativa. • Normas flexibles y adaptadas al contexto y a las variables. • Coordinación descentralizada y en red. • Autorregulación (Derecho reflexivo)
Organización institucional	Organización jerárquica, piramidal y formal (estructurada de arriba hacia abajo)	Organización horizontal estructurada en forma de red.
Actores fundamentales	Estado centralizado, como sujeto protagonista.	<ul style="list-style-type: none"> • Cooperación entre los múltiples niveles de gobierno (local, regional, transnacional, internacional).

		<ul style="list-style-type: none"> • Participación de múltiples agentes públicos y privados. • Descentralización y principio de subsidiariedad
Proceso de creación del Derecho	<ul style="list-style-type: none"> • El Derecho es estático y estable, permanece “petrificado” hasta su derogación. • Regulación es dictar órdenes, mandatos y prohibiciones. 	<ul style="list-style-type: none"> • El Derecho es un proceso abierto, dinámico, y en constante adaptación • Gobernar es un proceso de aprendizaje y de innovación. • Los nuevos modelos están mejor posicionados para aceptar la incertidumbre y la diversidad, para ensayar y avanzar de forma repetitiva la búsqueda de soluciones eficaces. • El Derecho tiene por objeto promover prácticas que permitan la revisión y la mejora constantes.
Modos de acción	<p>Canales formales de actuación Actividad administrativa de policía</p>	<p>Pluralidad de canales de actuación.</p>
Función de los agentes privados	<ul style="list-style-type: none"> • El individuo es objeto de la regulación. • El individuo es un sujeto que puede o no cumplir la norma 	<ul style="list-style-type: none"> • El individuo participa activamente en la producción normativa. • Ciudadano activo
Coactividad del Derecho	<p>Derecho “duro” o imperativo, acompañado de técnicas coercitivas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho indicativo o “blando”. • Cooperación voluntaria
Uso del conocimiento y de la información	<p>La información que ofrece el ciudadano es selectiva por miedo a incurrir en responsabilidad.</p>	<p>La información es compartida y el flujo permanente.</p>

Tres generaciones de procedimiento administrativo

Marco procedimental	El procedimiento tiene carácter defensivo y se centra en el resultado final. El control se produce “ex post”	El procedimiento se centra en el proceso mismo. El control se produce “ex ante”.
----------------------------	--	--

Fuente: Orly Lobel, *THE RENEW DEAL: THE FALL OF REGULATION AND THE RISE OF GOVERNANCE IN CONTEMPORARY LEGAL THOUGHT*, 2004 Minnesota Law Review Foundation (89 Minn. L. Rev. 342) y elaboración propia

Cuadro 5
TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	MODELO DE PROCEDIMIENTO	MODELO DE ADMINISTRACIÓN	MODELO DE REGULACIÓN
1ª generación: Procedimiento clásico: dictado de actos administrativos	Modelo “judicial”	Administración jerárquica y piramidal	Tradicional (“command and control regulation” / actividad administrativa de policía)
2ª generación: Procedimiento clásico: elaboración de reglamentos	Modelo “legislativo”	Administración jerárquica y piramidal La Administración se limita a ejecutar o “administrar”, y no formula políticas públicas.	Tradicional (“command and control regulation” / actividad administrativa de policía) -Normas basadas en el mandato y la prohibición. -Normas emanadas desde arriba. -Administración que actúa imperativamente y con técnicas coercitivas.
3ª generación: Procedimiento moderno: instrumento que acompaña el ciclo completo de la política pública	Modelo “administrativo”	Administración cooperativa o en red La Administración no sólo aplica o ejecuta, sino que formula políticas públicas.	Nuevas formas de dirección, regulación y gobernanza: -Cooperación público-privado. -Cooperación inter-administrativa (horizontal y vertical)

Cuadro 6
CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS TRES GENERACIONES
DE PROCEDIMIENTO

1ª GENERACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	2ª GENERACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	3ª GENERACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
Legislación tradicional de procedimiento administrativo	Legislación tradicional de elaboración de disposiciones reglamentarias.	Normativa sectorial (por ejemplo, USA, UE):
(Por ejemplo, Ley española de Procedimiento Administrativo de 1889)	(legislación de las décadas de los 50 y 60)	Medio Ambiente Política Social Autorregulación
		Gobernanza internacional Colaboración público-privado
MODELO JUDICIAL	MODELO LEGISLATIVO	MODELO ADMINISTRATIVO
(actos administrativos puramente aplicativos)	(reglamentos ejecutivos tradicionales)	(nuevas formas de regulación y gobernanza)
El procedimiento es una secuencia de actos de autoridad orientada al dictado de una resolución singular.	El procedimiento tiene por objeto elaborar una norma infralegal	El procedimiento acompaña el ciclo completo de la política pública: el procedimiento se extiende a la formulación de las políticas públicas y sus prioridades, al desarrollo y diseño, y a su aplicación efectiva.
Rígida separación entre la creación del Derecho y la aplicación al caso.		Mayor integración entre las distintas fases del proceso legal: normación, desarrollo, aplicación, ejecución forzosa, resolución de conflictos.

Procedimiento como control de la discrecionalidad administrativa		Procedimiento como dirección de la discrecionalidad administrativa
Procedimiento decisorio (actos administrativos)	Procedimiento decisorio (normas reglamentarias)	<ul style="list-style-type: none"> • Procedimiento decisorio • Procedimiento no decisorio: cubre actuaciones que no están orientadas a una situación concreta (procedimientos de control; de intercambio de información; etcétera).
APLICACIÓN DE LA LEY MATERIAL	DESARROLLO NORMATIVO	CREACION Y APLICACIÓN DEL DERECHO
Instrumento para la correcta aplicación del Derecho material (acto administrativo singular)	Instrumento para dictar una norma de desarrollo (reglamento ejecutivo) o para la aprobación de un plan territorial o urbanístico)	Instrumento para hallar la mejor solución posible no predeterminada por la Ley material (Disolución de las fases “creación del Derecho-aplicación”)
El procedimiento no se preocupa de la aplicación, más allá de la ejecución forzosa.	La aplicación de la norma queda fuera del procedimiento, más allá de las situaciones conflictivas.	La aplicación forma parte esencial del procedimiento y acompaña toda la vida de la resolución, incluye el control y la supervisión.
Obtención de la información: principio de instrucción de oficio	Obtención de la información: información pública	Obtención de la información: cooperación público-privada; cooperación interadministrativa

Fuente: elaboración propia

El acceso de los ciudadanos a la información pública. Del derecho individual de defensa al principio general de transparencia

*Por Tomás-Ramón Fernández**

I. INTRODUCCIÓN

En el principio fue el secreto (*arcana principis*), un secreto en el que comenzó a abrir brecha hace poco más de un siglo el derecho de defensa de quienes son parte en un procedimiento administrativo determinado.

A esa apertura inicial de los expedientes administrativos, estrictamente limitada tanto objetiva como subjetivamente, se sumó en la segunda mitad del pasado siglo la idea de participación, que contribuyó a extender el acceso a la documentación integrante de determinados procedimientos mediante la inserción en ellos de un trámite específico de información pública al que cualquier persona podía concurrir con la finalidad de conocer el resultado de todo lo actuado hasta ese momento y, a su vista, poder formular cuantas sugerencias y alegaciones considerase conveniente.

De esta información específica hemos pasado en las dos últimas décadas al reconocimiento de un derecho general a solicitar y obtener de la Administración la información de todo tipo que ésta almacena en sus archivos y registros, fuera ya, por lo tanto, del marco de un procedimiento administrativo determinado.

Y por este camino, que dista mucho, sin embargo, de estar bien allanado dada su reciente apertura, nos aproximamos a grandes zancadas a impulsos de un voluntarismo y de un entusiasmo quizás excesivos al objetivo final de la transparencia como principio rector de la actividad pública en general y de la actividad administrativa en particular.

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid

Este es a grandes rasgos el itinerario del análisis que va a realizarse a continuación.

II. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE DEFENSA

La primera Ley general sobre el procedimiento administrativo en el panorama del Derecho Comparado es la Ley española de 19 de Octubre de 1889, de Bases del Procedimiento Administrativo, conocida entre nosotros como Ley AZCARATE por haber sido el senador Gumersindo AZCARATE el firmante de la proposición de Ley que dio lugar a su aprobación.

La proposición AZCARATE puso especial empeño en subrayar “la necesidad de que el expediente no sea un secreto para los interesados” para lo cual incluyó en su artículo 2 una regla 9ª que proclamaba el derecho de los interesados “a que se les comunique el estado del expediente y el contenido de los informes, de las normas y de los acuerdos, pudiendo presentar en su vista los documentos que estime útiles a su defensa”, regla que configuró el actual trámite de audiencia y vista del expediente ya instruido que es esencial para la defensa de los interesados.

La Ley de Bases de 1889, modélica en sus principios, no acertó sin embargo a embriar adecuadamente los Reglamentos ministeriales a los que remitía su desarrollo, lo que terminó por anular la ventaja adquirida gracias a la pionera iniciativa de su promotor y por convertir la regulación del procedimiento administrativo en un barullo burocrático, del que sólo se pudo salir gracias a la reforma administrativa emprendida al comienzo de la segunda mitad del pasado siglo, reforma de la que la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958 es uno de sus frutos más notables.

III. LA PERSPECTIVA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La nueva Ley de Procedimiento de 1958 restableció el orden y, en sustitución de la pluralidad de normas precedentes, diseñó una regulación

general del procedimiento administrativo en la que estaban llamadas a incrustarse las especialidades propias de las inevitables regulaciones sectoriales.

En esa regulación la publicidad siguió teniendo una vigencia limitada a quienes tuvieran la condición de interesados en el procedimiento, concepto éste que, sin embargo, fue objeto de una importante ampliación para comprender no sólo a los titulares de derechos, que tenían que ser necesariamente llamados al procedimiento cuando éste no era promovido por ellos, sino también a los titulares de intereses legítimos que iniciaran el procedimiento o se personaran en él antes de su resolución definitiva. A todos ellos habían de ponerse de manifiesto los expedientes ya instruidos, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución con el fin de que pudieran tener a la vista para formular sus alegaciones la misma documentación que la autoridad competente habría de manejar para dictar la resolución final.

El planteamiento era, pues, el tradicional, aunque la instrumentación concreta del trámite de audiencia mejoró técnicamente de modo apreciable.

No obstante, en la Ley de 1958 apuntaron ya con trazo firme otras fórmulas distintas, más ambiciosas, que están en el origen de los desarrollos actuales.

La primera de ellas es el trámite de información pública regulado por su artículo 87, consistente en el anuncio público, en el Boletín Oficial del Estado y/o en el de la provincia respectiva, de la apertura de un periodo no inferior a veinte días en el que “cuantos tengan interés en el asunto”, esto es, cualquier persona y no sólo los titulares de derechos e intereses legítimos directamente afectados, podían comparecer para “examinar el expediente o la parte del mismo que se acuerde, en la oficina en que se encuentre y aduzcan lo que estimaren procedente” en el plazo indicado.

Esta apertura al público en general del procedimiento administrativo quedaba, sin embargo, en manos del órgano al que en cada caso pudiere corresponder la decisión del procedimiento, al que la Ley simplemente facultaba (“podrá”, decía el artículo 87.1 de la Ley) para acordar el trámite en cuestión “cuando la naturaleza de éste (del procedimiento) lo requiera o afecte a sectores profesionales, económicos o sociales organizados corporativamente”.

Determinadas Leyes especiales convirtieron, sin embargo, en preceptivo este trámite de información pública. Así, por ejemplo, las Leyes urbanísticas, que, a partir de la primera Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de Mayo de 1956, han hecho de él el eje del procedimiento de elaboración de todo tipo de planes de ordenación territorial y urbana.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha jugado en este punto un papel esencial al subrayar la importancia de la participación ciudadana que por esta vía se posibilita en la elaboración de los planes, ya que en ella reside en la práctica la mayor y mejor garantía supuesto el carácter sustancialmente discrecional de la potestad de planeamiento y la consiguiente dificultad del control jurisdiccional de su ejercicio.

Son frecuentes por ello las Sentencias anulatorias de los planes de ordenación por haber prescindido de este trámite de información pública o por no haberlo cumplimentado correctamente o, incluso, por no haber procedido a abrirlo por segunda vez cuando se hubieren introducido con posterioridad a la primera exposición al público del plan en proyecto modificaciones sustanciales en el mismo.

Al derecho de defensa, motor del trámite de audiencia y vista de los expedientes por sus potenciales afectados, se une así con este trámite de información pública la idea de participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y decisiones de carácter general, lo que contribuye a situar el problema en otro nivel, en una escala diferente.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 dio también un novedoso paso adelante al obligar a todos los Departamentos ministeriales, organismos autónomos o grandes unidades administrativas de carácter civil a informar (“se informará”) “al público acerca de los fines, competencia y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios mediante oficinas de información, publicaciones ilustrativas sobre tramitación de expedientes, diagramas de procedimiento, organigramas, indicación sobre localización de dependencias y horarios de trabajo y cualquier otro medio adecuado” (artículo 33).

Esta función informativa se potenció por la Ley con el mandato dirigido igualmente a todos los Ministerios, organismos autónomos y grandes unidades de crear unas Oficinas de Iniciativas y Reclamaciones “encargadas de recibir, estudiar y fomentar las iniciativas de los funcionarios y

del público conducentes a la mejora de la estructura, funcionamiento y personal de los servicios administrativos, así como de atender y tramitar las quejas a que puedan dar lugar las tardanzas, desatenciones y otras anomalías que se observen en el funcionamiento de los mismos” (artículo 34).

Medio siglo después estas medidas pueden parecer ingenuas e insuficientes, pero en el momento en que fueron adoptadas contribuyeron destacadamente a cambiar el rostro de esa Administración hasta entonces ineficaz, prepotente y distante del ciudadano que tan bien retrató LARRA con su célebre “vuelva Vd. mañana”.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958, que la actualmente vigente de 26 de Noviembre de 1992 ha conservado en muy buena parte, abrió desde luego la puerta a la modernidad y a las nuevas ideas, hoy dominantes, acerca de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, aunque no llegó a invertir los términos del problema tal y como tradicionalmente venían siendo entendidos, ni a sustituir, por lo tanto, el secreto por la publicidad del procedimiento.

El principio de publicidad fue objeto, ciertamente, de una proclamación formal por el artículo 1 de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de Agosto de 1968, según el cual “los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación”, pero el propio precepto se cuidó de añadir que ese principio quedaría exceptuado “en los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente clasificada” en los que el “secreto o limitado conocimiento” quedaba expresamente amparado por la propia Ley.

Esta era, a grandes rasgos, la situación en las vísperas del proceso constituyente que dio vida a la vigente Norma Fundamental en lo que a la Administración del Estado se refiere. En el ámbito local el estado de la cuestión era algo más favorable, ya que las sesiones plenarias de las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos tuvieron siempre carácter público como regla general (artículo 296 del viejo Texto articulado y refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de Junio de 1955) y contaron –y cuentan– por ello con la presencia de los vecinos –de muchos incluso cuando se trata de un asunto polémico–, lo que asegura el conocimiento por la ciudadanía de las razones en pro y en contra de cada decisión y de quienes defienden unas y otras.

IV. LA CONSAGRACIÓN FORMAL DEL DERECHO DEL LOS CIUDADANOS A LA INFORMACIÓN DE CARÁCTER PÚBLICO

1. El reconocimiento del derecho de acceso a los archivos y registros públicos por el artículo 105.b) de la Constitución de 1978.

Aunque en lo esencial la legislación administrativa preconstitucional, fruto del proceso de reforma y renovación de la Administración y del Derecho Administrativo que tuvo lugar en España en la década de los cincuenta del pasado siglo, superó en general sin dificultad el tránsito a la nueva etapa constitucional en la medida en que acertó a anticipar muchas de las piezas básicas de un Estado de Derecho, la promulgación de la Constitución de 1978 hacía obligada su adaptación a los nuevos principios a los que ésta respondía, principios que, ciertamente, ratificaban su contenido en muchos puntos, pero que exigían también en otros un esfuerzo y un impulso adicionales.

De ambas cosas ofrece un buen ejemplo el artículo 105 de la Norma Fundamental. Sus apartados a) y c) confirman, en efecto, los planteamientos y las soluciones aportadas por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 al remitir a la Ley (“la Ley regulará”) la regulación de “la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten” (apartado a) y del “procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado” (apartado c).

El apartado b) del precepto constitucional citado es, en cambio, una radical novedad en nuestro Derecho. Nunca hasta este momento se había reconocido, en efecto, a este nivel y con este énfasis “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

La norma requería, como es lógico, una instrumentación adecuada, que, sin embargo, se demoró catorce años hasta la promulgación de la vigente Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En ese periodo intermedio se produjeron, no obstante, aplicaciones parciales del nuevo precepto constitucional, como la que recoge el artículo 57 de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de Junio de 1985, que garantiza la consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental, del que forman parte, según su artículo 49, “los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismos o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado y otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios”, así como los que cuentan “con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado”, siempre, claro está, que no afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser publicadas por disposición expresa de una Ley o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgo para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

La nueva Ley de Bases del Régimen Local de 2 de Abril de 1985 reiteró, por su parte, la regla tradicional sobre el carácter público de las sesiones plenarias de las Corporaciones Locales y reconoció además a todos los ciudadanos el “derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones locales y sus antecedentes”, remitiéndose a la legislación de desarrollo del artículo 105.b) de la Constitución, todavía inexistente en aquel momento, en lo referente al derecho a consultar los archivos y registros administrativos consagrado por dicho precepto.

2. La Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Esa normativa complementaria que reclamaba el precepto constitucional llegó finalmente con la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, que vino a sustituir a la emblemática Ley de Procedimiento Administrativo de 1958,

fruto, ciertamente, de un “régimen autocrático”, como la Exposición de Motivos de aquélla se apresuró a subrayar, pero que por su indiscutible calidad técnica ganó desde el primer momento un prestigio indiscutible y tuvo por ello una influencia destacada en muchos países del continente americano.

El nuevo texto legal responde –dice enfáticamente en su Exposición de Motivos- a “las nuevas corrientes de la ciencia de la organización (que) aportan un enfoque adicional en cuanto mecanismo para garantizar la calidad y transparencia de la actuación administrativa”. Este afán de transparencia del que la nueva Ley presume se contrapone expresamente por ella a “la tradicional opacidad de la Administración” y a él se vinculan los nuevos derechos que la Ley se esfuerza en reconocer a los ciudadanos en los procedimientos administrativos, como el de “identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos” (artículo 35.b) o el de “obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar” (artículo 35.g) o, en fin, el de “ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones” (artículo 35.i).

En la lista de derechos de los ciudadanos que contiene el artículo 35 de la Ley, en la que se incluyen también los que ya reconocía la legislación precedente, figura igualmente el derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas (apartado h) reconocido por el artículo 105.c) de la Constitución, al que el artículo 37 viene a dar minucioso desarrollo en los términos que vamos a ver a continuación.

3. El régimen general del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos

3.1. Ambito objetivo: El principio general y sus excepciones

El artículo 37 de la Ley 30/1992 formula el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos con carácter general en relación, por lo

tanto, a todos los documentos que formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, “cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen, o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud” de dichos documentos (artículo 37.1).

El ejercicio de este derecho sólo podrá ser exceptuado en los concretos casos que el apartado 5 de dicho precepto establece expresamente, esto es, cuando se trate de expedientes “que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo”, lo que apunta al viejo y polémico concepto de los actos políticos, del que la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de Julio de 1998 ha prescindido felizmente, o bien de expedientes “que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado”, núcleo duro de la legislación de secretos oficiales, que hayan sido “tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de la investigación que se estén realizando” o que se refieran a “las materias protegidas por el secreto comercial o industrial” o a “actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria”.

La denegación de las solicitudes de acceso podrá acordarse en todo caso “cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley debiendo, en estos casos el órgano competente –dice el apartado 4 del precepto– dictar resolución motivada”, que podrá ser, por supuesto, impugnada por el interesado en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Una Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 2002 anuló una resolución adoptada por el Consejo General de la Abogacía que había ratificado en alzada la de un Colegio de Abogados que denegó la inclusión en la certificación de un acuerdo de la Junta de Gobierno que le había sido solicitada de la indicación de los miembros asistentes a la sesión en que se adoptó y de la persona que había actuado como ponente por considerar que esa negativa no estaba justificada en motivo alguno de los que se refiere el artículo 37.4 de la Ley.

3.2. *Ambito subjetivo*

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos se reconoce a los ciudadanos en general (“el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros”...) por el artículo 105.b) de la Constitución y a los ciudadanos en general lo refiere también, como es obligado, el artículo 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. No obstante, como la norma constitucional salva también expresamente lo que afecte a la intimidad de las personas el apartado 2 del artículo 37 de la Ley reserva a las personas concretamente afectadas el acceso a los documentos que contengan datos referentes a su intimidad facultándolas al propio tiempo para exigir que los datos en cuestión sean rectificadas o completados cuando sean inexactos o incompletos.

El acceso a documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos relativos a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho que no tengan carácter sancionador o disciplinario es posible, en cambio, no sólo para quienes fueron parte en esos procedimientos, sino también para los “terceros que acrediten un interés legítimo y directo”, interés que el apartado 3 del artículo 37 pone en relación con la posibilidad de “hacer valer” esos documentos para el ejercicio de sus propios derechos.

3.3. *La forma del ejercicio del derecho*

El apartado 7 del artículo 37 de la Ley precisa que el derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios. Con este fin la Ley impone la “petición individualizada de los documentos que se desee consultar” y excluye, en consecuencia, la “solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias”, salvo que los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, en cuyo caso podrá autorizarse el acceso directo de los mismos a la consulta de los expedientes.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 2000 ha precisado en esta línea que no es incompatible con el principio de transparencia exigir que se especifiquen los datos concretos que pretendan conocerse, supuesto que la Ley prohíbe las peticiones absolutamente genéricas o indefinidas

3.4. El derecho complementario a obtener copias o certificados de los documentos consultados

El apartado 8 del artículo 37 reconoce, en fin, un derecho anejo o complementario del acceso a los documentos en poder de la Administración: el de obtener copias o certificados de dichos documentos.

A este derecho complementario le es aplicable, como es lógico y todavía con mayor razón, la misma exigencia que para el derecho de acceso establece el apartado 7 al que acaba de hacerse referencia. La petición de copias o certificados debe ser individualizada y referirse a documentos concretos. No hay, pues, como subraya la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1998, “un derecho a obtención indiscriminada de fotocopias por los particulares, sin límites en cuanto a su posible autorización”.

La solicitud de copias o certificados está sujeta, por lo demás, al previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas, como contraprestación del servicio recibido.

4. Los regímenes especiales

La regulación general descrita no es aplicable al acceso a una serie de archivos y expedientes que relaciona el apartado 6 del artículo 37 de la Ley 30/1992, que cuentan al respecto con disposiciones específicas. Son, en concreto, los siguientes: los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, los documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes, los archivos regulados por la legislación de régimen electoral, los archivos exclusivamente estadísticos, el Registro Civil y el Registro de Penados y Rebeldes, así como los Registros de carácter público cuyo uso esté regulado por la Ley y los fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

Se rige también por sus normas propias el acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas de los Diputados, los Senadores, los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades, los Concejales de los Ayuntamientos y los miembros elegidos de las Diputaciones Provinciales, ya que en todos estos casos lo que está en

juego no es el mero derecho ciudadano a la información pública que reconoce el artículo 105.b) de la Constitución, sino el derecho fundamental al ejercicio de los cargos y funciones públicas para los que dichas personas han sido elegidas, derecho que reconoce el artículo 23 de la Constitución y que, como tal derecho fundamental goza de la protección extraordinaria que supone el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

A esta lista hay que añadir todavía un nuevo capítulo, el relativo a la información ambiental, a la que se refiere la Ley 27/2006, de 18 de Julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la Justicia en materia de medio ambiente, que incorporó al Derecho Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2003/4/CE, de 28 de Enero de 2003, y 2003/35/CE, de 26 de Mayo de 2003, resultado ambas del Convenio de Aarhus de 25 de Junio de 1998. El postulado básico del que dicho Convenio parte es que para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener acceso, por lo pronto, a la información medioambiental, lo que supone el reconocimiento de un doble derecho: el de buscar y obtener información que esté en poder de las autoridades públicas y el de recibir de éstas, sin que medie petición previa, información medioambiental relevante.

V. MÁS ALLÁ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. La progresiva afirmación del principio de transparencia

La regulación que acaba de analizarse apenas ha tenido tiempo de echar raíces y ya está a punto de convertirse en historia, desbordada por el impulso imparable de una idea y de una palabra que está ya en boca de todos y que tiende a llenar ella sólo el escenario jurídico y político: *transparencia*.

Desde su “presentación en sociedad” con la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 su expansión y su ascenso han sido sencillamente espectaculares. Es muy difícil encontrar alguna disposición, legal o reglamenta-

ria, de estos últimos años en la que la palabra *transparencia* no figure al menos una vez bien en su preámbulo, bien en su articulado o en los dos lugares a la vez. No importa el sector o la materia a la que la disposición se refiera. Aparece inevitablemente en los sitios más insospechados, como, por ejemplo, en el Estatuto de la Agencia Estatal de Meteorología aprobado por el Real Decreto 186/2008, de 8 de Febrero, o en el Reglamento del régimen sancionador en materia de pesca marítima en aguas exteriores aprobado por el Real Decreto 747/2008, de 9 de Mayo. Se la utiliza, incluso, para dar nombre a una unidad administrativa por el Real Decreto 1226/2010, de 1 de Octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. No hay que buscarla, simplemente se la encuentra tanto en el ámbito estatal, como en el de las diferentes Comunidades Autónomas.

En estas últimas la mecha prendió antes, incluso, y quizás con mayor fuerza. Así lo prueba la temprana aparición de Leyes generales que hacen de ella su objeto directo, como la Ley de Transparencia y Buenas Prácticas en la Administración Pública Gallega de 30 de Junio de 2006 y, aún antes, aunque con una finalidad más restringida, la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 203/1993, de 14 de Diciembre, de Transparencia y Control de los Intereses Privados de los Gestores Públicos.

De su definitivo acceso hasta la cúspide del ordenamiento jurídico da fé, en fin, su presencia en los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de Julio), Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de Noviembre), Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de Abril), Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo) y las Islas Baleares (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de Febrero). No hay que extrañarse de ello porque el propio Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007 no ha dudado en incorporarla al Tratado de la Unión Europea, cuyas instituciones –dice ahora su artículo 11- “mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil” (apartado 2), así como amplias consultas con las partes interesadas “con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión” (apartado 3).

En muchos casos, ciertamente, esta sistemática apelación a la *transparencia* tiene mucho de recurso retórico, de conjuro frente a la corrupción, esa gran lacra que infecta la vida pública por doquier; en otros, en

cambio, no se queda simplemente en la mera afirmación de un principio, de una directriz de actuación, de un buen deseo, sino que se traduce en técnicas concretas con las que se pretende cerrar el paso a las prácticas viciosas.

No es posible intentar aquí y ahora ofrecer un inventario de las técnicas y medidas concretas a las que el afán de transparencia ha dado vida. Me limitaré por ello a ofrecer un ejemplo, el de la reciente regulación urbanística estatal, que es especialmente ilustrativo por ser el urbanístico el sector en el que las prácticas corruptas están más extendidas.

La nueva Ley estatal de Suelo de 28 de Mayo de 2007 (hoy Texto Refundido de 20 de Junio de 2008) no podía abordar directamente el problema por la razón que acabo de apuntar, pero, utilizando el título competencial sobre Régimen Local, ha limitado de forma importante –y es de esperar que eficaz- la libertad de la que hasta entonces gozaban las autoridades municipales (y las autonómicas a las que corresponde la aprobación definitiva de los planes de ordenación territorial y urbana) para “multiplicar los panes y los peces” por el sencillo procedimiento de convertir en urbanizable el suelo rústico (la práctica de las vulgarmente llamadas “recalificaciones”) y para aumentar el aprovechamiento urbanístico de los suelos ya urbanizables.

Su disposición final novena ha modificado cuatro artículos de la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de Abril de 1985 de forma que ahora es obligado hacer constar en el expediente relativo a las modificaciones puntuales de la ordenación urbanística que se promuevan “la identidad de todos los propietarios o titulares de derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación”, con lo que la pregunta *cui prodest* no quedará, como siempre suele ocurrir, sin respuesta. La aprobación de los convenios urbanísticos, cauce habitual de las prácticas corruptas, se atribuye ahora al Pleno de las Corporaciones, cuyas sesiones son públicas como ya se dijo, lo que evita la impunidad de la que antes disfrutaba el equipo de gobierno de aquéllas. En esa misma línea se sitúan, en fin, las declaraciones de bienes y las actividades que los miembros, electos o no electos, de las Juntas de Gobierno de los Ayuntamientos vienen obligados a hacer antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, que han de inscribirse en los Registros de interés de carácter público de cada Corporación y la imposición a esas mismas per-

sonas de un régimen de incompatibilidades específico en los dos años siguientes a su cese en los cargos públicos que hubieren ostentado.

No todo es retórica, por lo tanto. Ni tampoco se reduce todo al procedimiento administrativo, ni al acceso a los documentos que las Administraciones Públicas hayan ido acopiando a través del mismo. La exigencia de transparencia va mucho más allá, como ha podido verse. Pretende erigirse, ni más ni menos, que en principio informador de toda la actividad pública. A eso, justamente apunta el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso de los Ciudadanos a la Información Pública, al que es obligado hacer aquí alguna referencia porque, más pronto que tarde, se verá convertido en Ley.

2. El Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso de los ciudadanos a la Información Pública

El texto legal en proyecto pretende ser la norma general capaz de dar sentido a esa heterogénea, abundante y variopinta normativa que desde los más diversos ángulos se ha esforzado estos últimos años en introducir en el aparato público una cierta dosis de transparencia. Se propone, pues, articular la transparencia en “un principio rector de la actividad pública”, generalizar y arraigar una “cultura de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos” y satisfacer el “derecho a saber” de los ciudadanos, objetivos todos ellos que parten de la convicción de que “la transparencia constituye una eficaz salvaguarda frente a la mala administración, posibilita a los ciudadanos conocer mejor y vigilar el ejercicio de las potestades, la prestación de los servicios y el empleo de los servicios públicos y estimula a los poderes públicos a funcionar de modo eficiente. Un gobierno transparente es, por ello, un gobierno que genera confianza y que rinde un mejor servicio a la sociedad”.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto une a esta solemne declaración de principios una crítica, concisa pero exacta de la regulación del derecho de acceso a los archivos y registros públicos introducida por el artículo 37 de la Ley 30/1.992, que –dice– “es mejorable” porque “tiene lagunas y diferencias notorias toda vez que limita el derecho de acceso a los documentos relacionados con procedimientos terminados y archivados,

hace depender en la práctica la efectividad del derecho de una decisión discrecional de la Administración y condiciona su ejercicio a su compatibilidad con la eficacia en el funcionamiento de los servicios públicos”.

El “nuevo modelo” que el Anteproyecto se propone implantar descansa sobre cuatro pilares básicos: la generalidad de su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, la proclamación del derecho de acceder a la información pública como un derecho de la ciudadanía cuyas limitaciones deben sujetarse estrictamente al principio de proporcionalidad, la coherencia y compatibilidad con lo establecido en otros sectores del ordenamiento jurídico y, en particular, la normativa de protección de datos personales y la existencia de un conjunto de garantías procedimentales y orgánicas capaces de asegurar la efectividad del derecho de acceso.

A cada uno de ellos dedica el Anteproyecto un capítulo. En el primero precisa qué ha de entenderse por información pública, concepto en el que incluye la “información, cualquier que sea su soporte y forma de expresión, elaborada o adquirida por los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y que obre en su poder”, así como “la que obre en poder de otras entidades o sujetos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, siempre que hayan sido generada u obtenida en el ejercicio de su actividad pública” (artículo 2). No obstante el carácter general de esta definición el Anteproyecto se ocupa sólo del acceso a la información en poder de las Administraciones Públicas, de las Entidades de Derecho Público dependientes de o vinculadas a ellas, de las Universidades públicas, de las Corporaciones de Derecho Público y de las demás personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas (artículo 9) que la regulación del acceso a la información generada, obtenida o custodiada por los órganos del Poder Legislativo o Judicial se remite a lo que dispongan las normas de organización y funcionamiento propias de dichos órganos (disposición adicional primera).

El capítulo II regula el derecho de acceso a la información pública, derecho del que considera titulares a “toda las personas”, que no necesitan invocar motivación alguna para ejercitarlo (artículo 4). Este derecho –dice el artículo 5- sólo podrá ser limitado cuando de la divulgación de la información pudiera resultar un perjuicio para la seguridad nacional y la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de las infracciones penales, administrativas o disciplinarias,

las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses públicos económicos y comerciales, la integridad de los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, la garantía de los derechos constitucionales, incluidos el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial y la vida privada y los intereses particulares legítimos, pero en tales casos las limitaciones que se impongan “serán proporcionadas”, tendrán alcance temporal (“durante el período de tiempo determinado por las leyes o en tanto se mantenga la razón que las justifique”: artículo 8) y no impedirán, siempre que sea posible, el acceso parcial, “omitiendo la información afectada por la limitación, salvo que de ello resulte una información distorsionada o carente de sentido” (artículo 7).

Como es natural, las solicitudes de acceso a información pública que contenga datos íntimos o que afecten a la vida privada, tales como los referidos a la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud y sexualidad, habrán de ser denegados, “salvo que exista consentimiento expreso y por escrito del afectado o una ley lo autorice” (artículo 6).

El capítulo III se ocupa del procedimiento para el acceso a la información pública en el ámbito de la actuación administrativa, para cuyo inicio basta una simple solicitud, por cualquier medio incluidos los electrónicos, siempre que indique con precisión la información que se solicita, sin que se impescindible identificar un documento o expediente concreto. No es necesario, ni puede ser exigido, motivar la solicitud, cuya ausencia de motivación no podrá servir en ningún caso de excusa a la instancia competente para no resolver expresamente lo que en cada caso proceda (artículo 10).

Podrán ser inadmitidas a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes que se refieran a información excluida del derecho de acceso o se consideren abusivas “por su carácter manifiestamente irrazonable o repetitivo, que no está justificado por la finalidad de transparencia” que la norma persigue (artículo 11).

Las solicitudes habrán de ser resueltas y notificadas “en todo caso en el plazo máximo de treinta días, que puede ampliarse, no obstante, por otros treinta días “cuando el volumen o la complejidad de la información solicitada” así lo exija. Transcurrido el plazo sin que se notifique al solicitante la resolución, el solicitante podrá proceder a confirmar su solicitud

en el plazo de diez días, teniéndosele por desistido si no lo hace. Presentada la confirmación la solicitud se entenderá estimada si transcurren otros treinta días sin que se le notifique la resolución expresa (artículo 14).

El artículo 15 exige motivar las resoluciones que denieguen total o parcialmente el acceso, así como las que lo concedan cuando haya habido intervención de un tercero afectado y las que prevean una modalidad de acceso distinta a la solicitada. En todo caso habrán de indicar el plazo de las circunstancias del acceso, “que deberán garantizar la efectividad del derecho y la integridad de la información”. Si se hubiese opuesto un tercero, “el acceso sólo será efectivo una vez transcurrido el plazo para recurrirla sin que se haya interpuesto el recurso pertinente”.

Las resoluciones que se dicten ponen fin a la vía administrativa y son recurribles directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin perjuicio de ello, el capítulo IV regula una reclamación de carácter potestativo ante la Agencia Española de Protección de Datos y Acceso a la Información (nueva denominación que pretende darse a la actual Agencia Española de Protección de Datos), que sustituye al, también potestativo, recurso de reposición y que, como éste, habrá de formalizarse en el plazo de treinta días y deberá ser resuelta en el plazo de dos meses, transcurrido el cual podrá considerarse desestimada.

Es de esperar que este Anteproyecto, que mejora notablemente la regulación actual, se convierta en Ley en un plazo breve.

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Para completar este rápido repaso del estado actual de la cuestión en lo que respecta al acceso de los ciudadanos a la información pública es imprescindible hacer aquí una referencia, siquiera sea breve, al problema de la reutilización de esa información, que linda con aquél y que contribuye, por lo tanto, a precisar sus concretos límites.

El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública y la transparencia de la actuación política y administrativa que a través de él se asegura son considerados hoy con toda razón, como ya hemos visto, elementos esenciales para la formación de una opinión pública libre y garan-

tías imprescindibles para el buen funcionamiento de las instituciones y para el ejercicio de los derechos fundamentales sobre los que descansa todo sistema democrático, del que esas razones vienen a ser indicadores de calidad fidedignos.

No se agota aquí, sin embargo, el papel que en la sociedad de nuestros días juega, se quiera o no, esa enorme masa de información que los poderes públicos generan en su actividad cotidiana. Tiene también un valor material en sí misma, un valor económico que hasta hace bien poco era desdeñado por los propios poderes públicos que la producían, pero que ahora, en plena sociedad de la información, ha cobrado una importancia incalculable como materia prima susceptible de explotación con la que pueden crearse productos y servicios de información de valor añadido de indiscutible utilidad en los ámbitos más diversos.

Esta posible reutilización de la información pública con fines, comerciales o no, pero en todo caso distintos del mero conocimiento por los ciudadanos de la actuación de los poderes públicos para el mejor ejercicio de los derechos que como tales ciudadanos les corresponden, esto es, de la utilización primaria o cívica, necesitaba una regulación propia y específica que no ha tenido hasta fechas muy recientes.

Vino a dársela en el ámbito europeo la Directiva 2003/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de Noviembre de 2003, que atiende a esa doble dimensión, ciudadana y económica, de la información pública y establece un marco mínimo de carácter general que ha sido concretado en España por la Ley 37/2007, de 16 de Noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

El ámbito, objetivo y subjetivo, de la reutilización es, lógicamente, correlativo del que corresponde al derecho de acceso a la información pública, por lo que no es necesario reiterarlo aquí.

Lo que importa destacar es el régimen jurídico al que la reutilización se sujeta, régimen que descansa sobre un sistema de autorizaciones o licencias, accesibles para todos los agentes potenciales del mercado, que no otorgarán, como regla general, derechos exclusivos y que podrán ser sometidos a determinadas condiciones siempre que éstas sean claras, justas y transparentes, no restrinjan ni limiten la competencia y no sean discriminatorias para categorías comparables de reutilización.

El suministro de los documentos a los que se refieran las licencias que se otorguen generará el devengo de una tasa o precio público, cuyo importe permitirá “cubrir al menos los costes del servicio o actividad, debiendo incluirse en dichos costes los relativos a la recibida, producción, reproducción y difusión”.

La reutilización no podrá alterar el contenido de la información, ni desnaturalizar el contenido de ésta y deberá citar siempre la fuente y mencionar la fecha de la última actualización (artículo 8).

Las licencias deberán reflejar como mínimo la finalidad concreta, comercial o no comercial, para la que la reutilización se autoriza, su duración, las obligaciones del beneficio y del organismo concedente, las responsabilidades de uso y modalidades financieras, así como el carácter gratuito o, en su caso, la tasa o precio público aplicable (artículo 9).

La disposición segunda de la Ley precisa que las previsiones contenidas en ésta “serán de aplicación a las sentencias y resoluciones judiciales, sin perjuicios de lo previsto en el artículo 107.10 de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de Julio, del Poder Judicial y su desarrollo específico”, desarrollo que el Consejo General del Poder Judicial ha realizado aprobando por Acuerdo del Pleno de 28 de Octubre de 2.010 el correspondiente Reglamento, que viene a dar cobertura expresa al sistema que el Consejo y su instrumento, el Centro de Documentación Judicial, venían empleando *de facto* en los últimos años y que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Marzo de 1.995 había dado por bueno.

Como es ésta hasta el momento la manifestación más importante de reutilización de la información pública, conviene precisar aquí brevemente las líneas generales del sistema, que, con toda probabilidad, servirá de modelo a futuras aplicaciones. De este modo se entenderá mejor el régimen jurídico que para la reutilización de la información pública ha dispuesto la Ley 37/2007.

El Consejo General del Poder Judicial tiene la obligación legal de asegurar la publicidad de las sentencias del Tribunal Supremo y de las demás resoluciones judiciales, obligación que cumple poniéndolas a disposición del público en general a través de un buscador en línea, libremente accesible y gratuito, previa depuración de los datos personales.

El Centro de Documentación Judicial de él dependiente pone, además, a disposición de los miembros de la Carrera Judicial una base de datos propia de características similares a las comerciales.

El uso de las sentencias y resoluciones judiciales por parte de personas, físicas o jurídicas, que las empleen para facilitar a terceros el acceso a las mismas o a productos de valor añadido elaborados a partir de ellas se considera reutilización y está sujeto a la previa obtención de una licencia, que se otorgará por el Centro de Documentación Judicial, tendrá carácter anual, aunque será prorrogable tácitamente y dará lugar al cobro de una contraprestación en forma de precio público, que se fijará en función del número de sentencias solicitadas y del carácter, comercial o no, de la reutilización.

El sistema se cierra con la prohibición formal, bajo la intimación de fuertes sanciones económicas, de facilitar las sentencias y resoluciones judiciales y de reutilizar éstas por otras vías diferentes.

* * *

Una nueva etapa en la historia de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos acaba de comenzar. Habrá, pues, que prestar suma atención a su evolución en los próximos años antes de intentar evaluar sus consecuencias.



La planificación de los proyectos de obras de infraestructura en el procedimiento administrativo alemán*

Por Martin Ibler** y Matthias Hangst***

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (en adelante también VwVfG¹ *Verwaltungsverfahrensgesetz*) dictada en el año 1976, codificó una gran parte de lo que vendría a ser el derecho administrativo alemán general, representa así la ley más importante para el obrar de la Administración Pública. Dicha ley regula en sus artículos 72 a 78 el instituto jurídico y el procedimiento de la planificación administrativa.² Ahora bien, dichas disposiciones no están vigentes para todas las planificaciones llevadas a cabo por una autoridad administrativa, sino que ellas se limitan a reglar el procedimiento administrativo de determinadas planificaciones; esto es, el así llamado procedimiento para la planificación de proyectos de obras de infraestructura (*Planfeststellung*) y, dentro de ellos, reglamentan

* Los autores agradecen a la Sra. Marcela Chico (LL. M., Universidad de Konstanz) por la traducción.

** Dr. iuris (Universidad de Goettingen), habilitación para Derecho Constitucional y Derecho Administrativo (Universidad de Goettingen), Profesor Catedrático de Derecho Público (Universidad de Konstanz).

*** Mag. jur., doctorante y empleado dedicado a la investigación (Universidad de Konstanz).

1. Del 25-5-1976, *Boletín Oficial Federal*, tomo I (“Bundesgesetzblatt” I, en adelante BGBl. I), p. 1.253.

2. Cabe aclarar que la planificación en el idioma alemán posee un doble significado: uno referido al resultado de la planificación, y el otro, al procedimiento de la planificación.

su versión más sencilla: el procedimiento de autorización de un plan (*Plangenehmigungsverfahren*).

El procedimiento administrativo que aquí se expondrá es el instrumento de planificación más importante dentro del derecho alemán para la planificación y aprobación de proyectos de obras de infraestructura de gran envergadura, como ser autopistas y carreteras nacionales, líneas de ferrocarril, aeropuertos y grandes depósitos de residuos. A los fines de un mejor entendimiento de este instituto jurídico específico, llamado de la Planificación de proyectos de obras de infraestructura y de su procedimiento, primeramente se especificará su posición dentro del sistema jurídico de la planificación, especialmente dentro de la planificación que requiere un espacio y/o territorio (derecho de planificación territorial o derecho de aprovechamiento y uso del suelo *Raumplanungsrecht*) (II.). Luego, a partir de su desarrollo histórico (III.) se expondrá el fundamento jurídico de la planificación de proyectos de obras de infraestructura (IV.). Asimismo se explicará el desarrollo de dicho procedimiento administrativo según lo previsto en el artículo 72 y siguientes de la *VwVfG* (V.). Por lo demás, también se tratarán la naturaleza y los efectos jurídicos (VI.) de la decisión administrativa dictada al final de este procedimiento, así como las diferentes herramientas jurídicas existentes contra las referidas planificaciones (VIII.). Por último se efectuará una breve valoración de este instrumento de planificación (IX.). Como adjunto se encuentra un breve resumen del desarrollo procesal de una planificación de un proyecto de una obra de infraestructura.

II. LA PLANIFICACIÓN DE PROYECTOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA DENTRO DEL DERECHO DE PLANIFICACIÓN

Las planificaciones conforman un medio de acción muy variado y bastante usado por el Estado moderno cuyo objetivo va más allá de la adecuada satisfacción de las necesidades generales actuales de la sociedad, ya que las planificaciones también tienen en mira la satisfacción de las necesidades futuras. La Administración Pública no es la única que planifica dentro de la estructura estatal, sino que el legislador también planifica (por ejemplo, mediante la Ley Nacional de Presupuesto, véase al respecto

el artículo 110 de la Ley Fundamental Alemana).³ En Alemania las planificaciones estatales tienen tradicionalmente como objetivo preparar y organizar la utilización y el aprovechamiento futuro del territorio nacional en forma íntegra, esto es, sin vacíos. En un sistema de planificación,⁴ el poder público planifica el espacio –entendido como una sección de la superficie de la Tierra–, en todos aquellos ámbitos en los cuales se encuentra comprometido el cumplimiento de un deber público (por ejemplo el desarrollo urbano, la agricultura, la construcción de carreteras, la minería y el suministro de energía). Dicha planificación se produce en todos los niveles estatales (nacional, provincial, regional, comunal).⁵ La así circunscripta planificación territorial (con su correspondiente derecho de planificación territorial) se divide en dos categorías principales según el contenido de sus planes: en una categoría general e íntegra, conformada por una ordenación general e interdisciplinaria del territorio, y en otra categoría técnica o específica, conformada especialmente por la planificación de proyectos de obras de infraestructura.

1. Planificación general territorial

La planificación territorial general e íntegra se distingue de la planificación técnica por la interdisciplinaria de sus reglas de aprovechamiento y utilización del suelo.⁶ La planificación territorial general no se encuentra reglada por la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo

3. Ley Fundamental del 23 de mayo de 1949, (en adelante LF), BGBl. p. 1.

4. Compárese Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo), en: *Amtliche Entscheidungssammlung* (Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, en adelante BVerwGE), tomo 119, p. 25 (39): “El reparto de tareas en el sistema de planificación general”; *Durner, Wolfgang, Konflikte räumlicher Planungen*, editorial Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 1.

5. *Hoppe, Werner*, Planung, en: Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a ed., tomo IV, editorial C. F. Müller, Heidelberg 2006, § 77 número marginal (en adelante nro. marg.) 27.

6. Compárese *Hoppe*, Planung, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 5), nro. marg. 12; *Koch, Hans-Joachim/Hendler, Reinhard*, Baurecht, *Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 5ª ed., editorial Richard Boorberg, Stuttgart 2009, § 1 nro. marg. 11.

(VwVfG), sino por otras normas (por ejemplo por el Código sobre el Régimen del Suelo y la Ordenación Urbana⁷ “Baugesetzbuch” y por la Ley de Planificación Territorial “Raumordnungsgesetz”⁸), por lo que aquí será tratada brevemente. La planificación territorial general abarca diferentes niveles de territorios, también llamados “escalones”,⁹ los cuales se encuentran relacionados jerárquicamente entre sí: en los dos niveles inferiores de esta planificación son las municipalidades las que planifican o determinan la edificabilidad de su territorio municipal, por ejemplo en zonas residenciales y en zonas industriales. Para ello se valen de dos instrumentos de planificación tipificados en el código sobre el Régimen del Suelo y de la Ordenación Urbana (esto es, de un plan preparatorio llamado Plan para el Aprovechamiento y Uso del Suelo, “Flächennutzungsplan” y de un plan elaborado conforme a los lineamientos de este último, el así llamado Plan de Urbanización o Edificación, “Bebauungsplan”, que posee efectos jurídicos vinculantes. En los niveles superiores el uso del territorio es regulado por los planes generales territoriales, especialmente de conformidad con los niveles de planificación previstos en la Ley Nacional de Ordenación Territorial.¹⁰ En dichos planes la planificación se extiende más allá de un determinado lugar o de una determinada disciplina. Su alcance es, según el caso, regional, provincial, nacional y, últimamente, también europeo.¹¹ El contenido de estos planes aumenta en abstracción en la medida en que sus niveles son más altos; por el contrario, su contenido se vuelve más concreto cuando ellos se elaboran a niveles más bajos.¹² Los planes inferio-

7. Del 23 de septiembre del 2004, BGBl. I, p. 2.414, última modificación el 31 de julio del 2009, BGBl. I p. 2.585; en adelante BauGB.

8. Del 22 de diciembre del 2008, BGBl. I p. 2.986, última modificación el 31 de julio del 2009, BGBl. I p. 2.585; en adelante ROG.

9. Compárese por ejemplo Tribunal Constitucional Federal, en: *Amtliche Entscheidungssammlung* (Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Constitucional Federal, en adelante BVerfGE), tomo 3, p. 407 (428); BVerwGE 90, 329 (333); 119, 25 (39).

10. Compárese el art. 1 inc. 1, 1ª orac. y el art. 3 inc. 1 nr. 7 ROG; compárese también BVerfGE 3, 407 (425); BVerwGE 125, 116 (134).

11. Compárese por ejemplo el art. 26 inc. 2, 1ª orac. ROG.

12. Compárese BVerfGE 3, 407 (424); BVerwGE 90, 329 (333); 115, 17 (21), 117, 25 (38); 125, 116 (135 y ss.).

res de cada nivel no planifican todo del territorio del plan superior; sino solamente un sector determinado del mismo. De esta manera, uno y el mismo terreno puede estar predestinado en diversos planes y según la manera que le corresponda. Así un territorio puede estar determinado en el Plan Provincial de Ordenación Territorial como aglomeración urbana;¹³ en los Planes Regionales como área de asentamiento;¹⁴ en el Plan Municipal del Uso del Suelo como superficie habitacional; en tanto que por último en el Plan de Urbanización la Municipalidad puede haber determinado detalladamente a dicha parcela¹⁵ como zona residencial.¹⁶

2. La planificación de proyectos de obras de Infraestructuras como planificación técnica especializada

A diferencia de los planes territoriales generales, la planificación técnica específica –especialmente la referida a los proyectos de obras de infraestructura– ordena el espacio desde un punto de vista técnico determinado (por ejemplo desde el punto de vista de la construcción de carreteras, la protección del agua potable, la eliminación de residuos).¹⁷ El instrumento de acción más importante que la Administración Pública posee para esta materia, agrupada bajo el nombre de derecho de planificación específica, es la planificación de proyectos de obras de infraestructura con su respectivo procedimiento. Este instrumento será analizado más de cerca en el presente artículo. A través de él se planifican obras concretas en forma vinculante para todos –en su mayoría proyectos de obras de infraestructura como aeropuertos, vías de transporte o conductos de abastecimiento de

13. Compárese el art. 5 inc. 1, 1ª oración, nro. 1a ROG.

14. Compárese el art. 5 inc. 1, 1ª oración, nro. 1d ROG.

15. Compárese el art. 1 inc. 2, 1ª oración, p. 1 *Planzeichenverordnung* (Regulación de los símbolos de planificación; en adelante *PlanzV*).

16. Compárese el art. 1 inc. 2 nr. 3 “*Baunutzungsverordnung*” (Decreto sobre el Uso del Territorio; en adelante *BauNVO*).

17. *Breuer, Rüdiger*, *Die hoheitliche raumgestaltende Planung*, editorial Ludwig Röhrscheid, Bonn 1968, p. 42; *Koch, Hans-Joachim/Hendler, Reinhard*, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 6); § 1 nro. marg. 20.

energía—; es decir, que se trata de la “planificación de proyectos”.^{18/19} Sin embargo esta planificación de proyectos de obras de infraestructura, no es el único medio de planificación en el ámbito del derecho de la planificación específica. Así, por ejemplo, la determinación de un espacio como Reserva Biológica o como Agua Protegida, no se efectúa conforme al procedimiento administrativo de planificación de un proyecto. Por el contrario, ella se efectúa mediante el procedimiento que corresponde al dictado de una norma del Poder Ejecutivo, ya sea un decreto o un reglamento ejecutivo. Por lo demás dicha normativización no se encuentra reglada en la Ley de Procedimiento Administrativo, sino en leyes especiales (Ley sobre el Régimen de Aguas, Ley Nacional sobre la Protección de la Naturaleza).²⁰ Asimismo dentro de la planificación específica existen también otros planes, como los elaborados para la creación de espacios naturales,²¹ de hospitales²² y los planes para la preservación de la pureza del aire. Todos estos planes no se rigen por la planificación de proyectos de obras de infraestructura, sino por normas ejecutivas previamente dictadas conforme a una ley especial.^{23/24}

De manera similar a la planificación general (ver II.1.), la planificación específica posee también, generalmente, varias etapas:²⁵ por ejemplo la planificación de un proyecto para la construcción de una ruta nacio-

18. BVerwGE 123, 261 (271).

19. Compárese Hoppe, Werner, Planung, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 5), § 77 nro. marg. 28.

20. Compárese el art. 51 y ss. “Wasserhaushaltsgesetz” (Ley sobre el Régimen del Agua; en adelante WHG), el art. 23 “Bundesnaturschutzgesetz” (Ley Nacional sobre la Protección de la Naturaleza; en adelante BNatSchG.)

21. Compárese el art. 10 y sig. BNatSchG.

22. Compárese por ejemplo el art. 4 y ss. “Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg” (Ley del Estado Federado de Baden-Württemberg sobre los hospitales) del 29-11.2007, GBl, 2008, p. 13.

23. Compárese el art. 47 inc. 1 “Immissionsschutzgesetz” (Ley Nacional contra las Inmisiones; en adelante BImSchG.).

24. Koch, Hans-Joachim/Hendler, Reinhard, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 7), § 1 nro. marg. 23.

25. Durner, Wolfgang, Konflikte, *op. cit.* (véase nota de al pie nro. 4), p. 68 y ss.

nal²⁶ requiere normalmente, entre otras cosas, el dictado previo de una ley parlamentaria que establezca, ante todo, la necesidad de la construcción de una nueva ruta,²⁷ además de la decisión administrativa del Ministerio Nacional de Tránsito con el trazado aproximado de dicha carretera²⁸ (llamada línea de determinación).

Lo hasta aquí brevemente expuesto sobre el Derecho de Planificación Alemán nos permite observar: por un lado la importancia que posee la planificación de proyectos de obras de infraestructura como medio de accionar de la Administración, toda vez que la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (VwVfG) le concedió en sus artículos 72 hasta 78 un lugar específico.²⁹ Por otra parte las normas de planificación de la VwVfG se limitan a un pequeño sector –aunque muy importante– del derecho de planificación específica.

III. DESARROLLO HISTÓRICO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA PLANIFICACIÓN DE UN PROYECTO DE UNA OBRA DE INFRAESTRUCTURA

La significativa importancia que posee este procedimiento de planificación para el planeamiento de las obras de infraestructura que precisan de un espacio –y con ello el significado del artículo 72 y siguientes de la VwVfG–, se desprende del desarrollo histórico de este instituto jurídico y de su especial procedimiento administrativo. Sus principios se remontan,

26. Para más detalles véase por ejemplo *Durner, Wolfgang, Konflikte, op. cit.* (véase nota al pie nro. 4), p. 69 y ss.; *Stüer, Bernhard, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts*, 4ª ed., editorial C.H. Beck, München 2009, nro. marg. 3288 y ss.

27. Por ejemplo “Fernstraßenausbaugesetz” (Ley Nacional sobre la Necesidad de Rutas Nacionales) del 20- 1- 2005 (BGBl. I p. 201) según su versión del 9- 12- 2006 (BGBl. I p. 2.833).

28. Compárese el art. 16 “Fernstraßengesetz” (Ley sobre las Rutas Nacionales; en adelante FStrG.). La línea de determinación también está prevista para las vías fluviales nacionales (compárese el art. 13 “Bundeswasserstraßengesetz”, (Ley Nacional de Navegación Fluvial; en adelante WaStrG).

29. *Ibler, Martin, Die Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht*, editorial Duncker & Humblot, Berlin 1988, p. 25.

particularmente en lo referente a la construcción de vías de comunicación (construcción de ferrocarriles, carreteras y canales), hasta bastante entrado el siglo XIX.³⁰ El objetivo de este especial procedimiento administrativo para la planificación era el de facilitar y agilizar la construcción de dichas vías de comunicación. Juntamente con la agilización de dicho procedimiento administrativo se estaba otorgando prioridad a las obras de infraestructura por sobre los intereses particulares contrarios a ellas. Normalmente se permitía la expropiación de terrenos privados a los fines de la construcción de la vía de comunicación planeada.³¹ Por lo tanto en el siglo XIX se crearon en las provincias alemanas³² numerosas líneas de ferrocarriles y carreteras; ellas formaban un requisito indispensable para poder continuar con el fuerte proceso de industrialización y, por lo tanto, para el crecimiento y la prosperidad en Alemania. Este específico procedimiento administrativo para la planificación fue tan exitoso, que, luego de la fundación de la República de Weimar en el año 1919, fue adoptado como derecho nacional vigente (por ejemplo 1924: reglamentación del procedimiento de planificación en la Ley Imperial de Ferrocarril³³). Por lo demás la adopción del procedimiento para la planificación en la Ley Imperial de Autopistas³⁴ tuvo un gran impacto. Ella posibilitó en corto tiempo la construcción de una amplia red de autopistas. Luego de la fundación de la República Federal de Alemania en 1949, este procedimiento de planificación fue reglado en un primer momento en las leyes especiales técnicas (entre otras, en 1951 por la Ley Nacional de Ferrocarriles,³⁵ en 1953 por

30. Blümel, Willi, *Die Bauplanfeststellung I: Die Planfeststellung im preußischen Recht und im Reichsrecht*, Verlag Kohlhammer, Stuttgart 1961, p. 84 y ss.; Blümel, Willi, "Die Entwicklung des Rechtsinstituts der Planfeststellung", en: *Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag*, editorial C.H. Beck, München 2000, p. 3 (5 y ss.).

31. Compárese también el art. 15 y ss., especialmente el art. 23 de la Ley Prusiana sobre Expropiación de la Propiedad del 11-6-1874, GS p. 221. Véase Blümel, Willi, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 30), p. 38 y ss.

32. En alemán "Bundesländer"; cuya traducción literal sería: Estados Federados.

33. Del 30- 8-1924, RGBl. II (*Boletín Oficial del Imperio Alemán*; en adelante RGBl. II) p. 272.

34. Del 27- 6- 1933, RGBl. II p. 509.

35. Art. 36 de la ley del 13- 12- 1951, BGBl. I p. 955.

la Ley Nacional de Rutas Nacionales,³⁶ en 1958 por la Ley de Tráfico Aéreo³⁷ y en 1972 por la Ley de Tratamiento de Residuos³⁸), fue adoptado en el año 1976 por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Dicha incorporación significa el reconocimiento de este procedimiento como un instrumento jurídico del derecho administrativo general.

Las ventajas del procedimiento para la planificación de un proyecto de una obra de infraestructura, esto es la agilización y simplificación del procedimiento, cobraron nuevamente importancia después de que Alemania se reunificase en el año 1990 tras haber estado más de cuatro décadas separada. Ello así dado que las diferentes infraestructuras de la antigua RDA, es decir de las actuales cinco “provincias nuevas”, se encontraban totalmente arruinadas tras cuarenta años de socialismo y requerían ser reconstruidas. Pero ahora la rapidez y la simplicidad del procedimiento de planificación de un proyecto de obra de infraestructura habían sido relativizadas en los años 1970 y 1980. Ya en esa época, en la altamente industrializada República de Alemania con su moderna y efectiva infraestructura, había, desde hacía mucho tiempo, otras necesidades más apremiantes; en especial la protección jurídica de los derechos de los ciudadanos contra los nuevos proyectos de infraestructuras cuando ellos dañasen sus derechos, como así también la protección del medio ambiente. Por lo cual, luego de la reunificación, se dictaron reglamentaciones especiales para la reconstrucción de las nuevas provincias, que complementaron el derecho administrativo procesal general de la VwVfG. Dichas reglamentaciones especiales del derecho de planificación (por ejemplo las disposiciones sobre la preclusión de las objeciones interpuestas fuera de plazo contra un proyecto y las referentes al procedimiento simplificado de los permisos y/o autorizaciones) fueron primeramente incorporadas en las diferentes leyes técnicas de planificación a través de la “Ley para la Agilización de la

36. Art. 17 y ss. de la ley del 6- 8- 1953, BGBl. I p. 903.

37. Art. 8 y ss. de la “Luftverkehrsgesetz” (Ley de Tráfico Aéreo; en adelante LuftVG) según su publicación del 10-1-1959, BGBl. I p. 9.

38. Art. 7 y ss. de la ley del 7-6-1972, BGBl. I p. 873.

Planificación de las Vías de Comunicación”³⁹ y de la “Ley para la Simplificación de la Planificación”⁴⁰; para una vez demostrada la eficacia de las mismas ser incorporadas en la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (por ejemplo art. 73 inc. 4, 3ª oración, art. 74 inc. 6 de la VwVfG).⁴¹

Sin embargo en estos últimos tiempos se observa una nueva fragmentación del derecho procesal de planificación.⁴² Ello se debe a la complicada división de las facultades legislativas en el Estado Federal Alemán (Compárese más adelante IV.1.). Así en forma paralela a la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, existen las respectivas leyes provinciales de procedimiento administrativo; las cuales afortunadamente son idénticas en lo fundamental a la ley nacional. Ahora bien, dado que la nación quiso preservar dicha coincidencia, pero al mismo tiempo tuvo el deseo de acelerar nuevamente el procedimiento administrativo en los proyectos de obras de infraestructura importantes, dictó nuevamente reglas de agilización⁴³ del proceso en las leyes técnicas de planificación.⁴⁴ Al respec-

39. “Gesetz zur Beschleunigung der Planungen der Verkehrswege in den neuen Bundesländern sowie im Land Berlin” (Ley para la Agilización de la Planificación de las Vías de Comunicación en las provincias nuevas y en Berlín) del 16-12-1991 (BGBl. I p. 2.174).

40. “Gesetz zur Vereinfachung der Planungsverfahren für Verkehrswege” (Ley para la Simplificación de la Planificación de las Vías de Comunicación) del 17-12-1993 (BGBl. I p. 2.123).

41. “Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren” (Ley para la Agilización de los Procedimientos de Autorización) del 12-9-1996 (BGBl. I p. 1.354).

42. A través de la “Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben” (Ley para la Agilización del Procedimiento de Planificación de Proyectos de Obras de Infraestructura) del 9-12-2006 (BGBl. I p. 2.833). Crítico por ejemplo *Wickel, Martin*, Die Änderungen im “Planfeststellungsverfahren durch das Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben”, en la revista: *Umwelt- und Planungsrecht* (UPR) 2007, p. 201 (201 y ss.); *Kopp, Ferdinand O./ Ramsauer, Ulrich*, VwVfG, 11a ed., editorial C.H. Beck, München 2010, § 73 nro. marg. 3.

43. Por ejemplo la posibilidad según el art. 17a nr. 5, 1ª orac. FStrG de renunciar a una audiencia pública en el sentido del art. 73 inc. 6 de la VwVfG.

44. Compárese Bundestags-Drucksache (Compilaciones de la Exposición de Motivos de la Ley; en adelante: BT-Drucks.) 16/3158, p. 29: Por el contrario, “las 17 futuras leyes necesarias para ello no pueden ser dictadas, sin embargo, a corto plazo”.

to solo puede decirse que, por lo menos, existe la intención de incorporar más adelante estas nuevas reglas en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, mediante la correspondiente enmienda del artículo 72 y siguientes de la VwVfG (compárese también más adelante IX).⁴⁵

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE PLANIFICACIÓN DE LOS PROYECTOS DE UNA OBRA DE INFRAESTRUCTURA

1. Distribución de competencias en un Estado federal

El campo de aplicación de los artículos 72 hasta 78 de la VwVfG se encuentra limitado constitucionalmente. En el Estado Federal Alemán la Constitución distribuye el poder estatal entre la nación alemana y las provincias. Dicha distribución se realiza conforme el principio rector según el cual, la Nación sólo posee competencia en los asuntos en los cuales ella le fue concedida expresamente en la Constitución. Dicha regla general se encuentra en el artículo 30 de la Ley Fundamental (LF),⁴⁶ y además se repite y se concretiza para cada uno de los tres poderes del Estado. En el artículo 70 y siguientes para el Poder Legislativo, en el artículo 84 y siguientes para el Poder Ejecutivo y en el artículo 92 y siguientes para el Poder Judicial. Mientras que la competencia legislativa en materia de planificación territorial general se encuentra claramente concedida por la Ley Fundamental a la Nación;⁴⁷ la distribución de competencias con respecto

45. BT-Drucks. 16/3158, p. 29: "Aufforderung des Bundestags an die Bundesregierung" (Requerimiento del Parlamento al Gobierno Nacional); *Schmitz, Heribert/Prell, Lorenz*, "Verfahren über eine einheitliche Stelle—Das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften", en la revista: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2009, p. 1 (12); *Stüer, Bernhard*, "Die Leistungsfähigkeit der Planfeststellung für die Straßenplanung im 21". Jahrhundert, en: Bundesanstalt für Straßenwesen (editor), *Die Zukunftsfähigkeit der Planfeststellung*, editorial Wirtschaftsverlag NW, Bremerhaven 2010, p. 10 (14 y ss.).

46. Art. 30 de la LF: "El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Estados Federados siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario".

47. Compárese el art. 74 Abs. 1 Nro. 18, 31 de la LF.

a la planificación específica resulta mucho más complicada. Dado que la Nación posee competencia legislativa sólo en algunos ámbitos de la planificación específica, está habilitada para definir este procedimiento administrativo únicamente dentro de los mismos. Así por ejemplo para el procedimiento para la planificación de un proyecto de una obra de infraestructura en materia de derecho vial, ello significa que el legislador nacional sólo puede legislar el procedimiento para la planificación de proyectos de carreteras nacionales y no el procedimiento para la planificación de las carreteras provinciales. Este último se encuentra regulado en las leyes de procedimiento administrativo provinciales. Por lo demás en el Estado Federal Alemán aparecen también otras dificultades derivadas de la circunstancia de que la mayoría de las leyes nacionales son ejecutadas por las autoridades administrativas provinciales y, en muchas oportunidades, según sus respectivas leyes de procedimiento administrativo locales. Las específicas dificultades que ello trae aparejado no serán aquí mencionadas, toda vez que la complejidad del sistema federal alemán se encuentra atenuada por la circunstancia de que las leyes de procedimiento administrativo provinciales son una copia intacta de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. La nación y las provincias convinieron incluso una “legislación simulada”.⁴⁸ Quien conoce el procedimiento administrativo de la nación, conoce al mismo tiempo el procedimiento administrativo de los Estados Federados (compárese también el art. 137, inc. 2, nro. 2 de la Ley de la Justicia Administrativa Alemana;⁴⁹ en adelante VwGO).

48. Compárese por último por ejemplo BT-Drucks. 16/3158 del 25-10-2006, p. 29: “Por lo demás la Nación y los Estados Federados se pusieron de acuerdo en que la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo será siempre modificada en interacción con las modificaciones de las leyes de procedimiento administrativo de los Estados Federados.”.

49. “Ley de la Justicia Administrativa Alemana”, publicado por la editorial Abeledo Perrot, de Buenos Aires y cuya copia puede obtenerse en el website de la misma: http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/year-2009/dokument_id-16958/index.html.

2. Ámbito de aplicación de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (VwVfG)

Conforme al artículo 72 inc. 1 de la VwVfG, los artículos 73 hasta 78 de la VwVfG son únicamente de aplicación cuando en una disposición legal (esto es, en una ley especial referida a una infraestructura específica) se ordena la utilización del procedimiento administrativo de planificación descrito en ellos. Ello acontece por ejemplo en la Ley de Rutas Nacionales (art. 17, primera oración de la FstrG), en la Ley General de Ferrocarriles (art. 18, primera oración AEG⁵⁰), en la Ley de Tráfico Aéreo (art. 8 inc. 1, primera oración, LuftVG) y en la Ley sobre el Círculo Económico y de Residuos (art. 31 inc. 2, primera oración KrW-/AbfG⁵¹).

Esta conexión entre la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo y las leyes de infraestructura, hace palpable en primer lugar la circunstancia de que la planificación de un proyecto de una obra de infraestructura y su procedimiento tienen su origen en el derecho administrativo especial. Sin embargo, en segundo lugar, demuestra que la planificación de los proyectos de obras de Infraestructura hoy en día se trata de una regulación con potencial de generalización. La planificación de proyectos de obras de infraestructura trasciende más allá de las leyes especiales de cada infraestructura y, por ello, su incorporación en la VwVfG y, así, en el derecho procesal administrativo general se encuentra totalmente justificada. Como consecuencia de ello, las leyes especiales ordenan básicamente que en su materia, para la realización de un proyecto de una obra de infraestructura, debe seguirse el Procedimiento de Planificación de Proyectos de Obras de Infraestructura establecido en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (VwVfG). Adicionalmente muchas de estas leyes especiales contienen normas procedimentales complementarias para sus proyectos, las cuales sin embargo aquí no serán tratadas. Por lo demás, dichas leyes también contienen exigencias internas que hacen a la legalidad (material) de cada proyecto.

50. "Allgemeines Eisenbahn Gesetz" (Ley General de Ferrocarriles; en adelante AEG.).

51. "Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz", (Ley sobre la Circulación de la Economía y de los Residuos; en adelante KrW-/AbfG).

V. EL PROCEDIMIENTO DE PLANIFICACIÓN DE PROYECTOS DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA

1. Procedimiento clásico de planificación de proyectos de obras de infraestructura

La planificación de todo proyecto de una obra de infraestructura que se encuentre sujeto a una aprobación, es normalmente el último escalón de un largo proceso (véase II.2.). No obstante el procedimiento de planificación de un proyecto de una obra de infraestructura se desarrolla a su vez según los diferentes pasos procesales establecidos en los artículos 72 y siguientes de la VwVfG.⁵² Dicho procedimiento es el más formal de todos los procedimientos administrativos regulados en la VwVfG (comparar arts. 9 y ss., 63 y ss., 71 y ss. de la VwVfG). En principio puede incluso decirse que su desarrollo es una copia de un proceso judicial.⁵³ Las reglas más formales de este procedimiento de planificación sustituyen las disposiciones generales del artículo 9 y siguientes de la VwVfG, dado su carácter de *leges speciales*.⁵⁴ Solamente cuando el artículo 73 y siguientes de la VwVfG carece de disposición alguna (y también las leyes específicas de planificación, compárese IV.2.) resulta aplicable en forma complementaria el resto de las disposiciones de la VwVfG (compárese art. 72 inc. 1 de la VwVfG).

52 Compárese por ejemplo *Leist, Alexander/Tams, Christian J.*, “Schwerpunktbereich – Einführung in das Planfeststellungsrecht“, en la revista: *Juristische Schulung* (JuS) 2007, p. 995 (1000 y ss.).

53. Compárese por ejemplo *Ronellenfitsch, Michael*, “Die Planfeststellung”, en la revista: *Verwaltungsarchiv* (VerwArch), 80 (1989), p. 92 (101).

54. Así las disposiciones procedimentales generales del art. 9 y sig. de la VwVfG son: en parte no aplicables, en parte sólo modificadas y en parte se aplican normalmente, compárese *Dürr, Hansjochen*, en: Knack/Henneke (editores), *VwVfG*, editorial Carl Heymanns, 9a ed., Köln, § 73 nro. marg. 16 y ss.; *Wickel, Martin, Wickel, Martin*, en: Fehling/Kastner/Wahrendorf (editores), *Verwaltungsrecht*, editorial Nomos, Baden-Baden 2006, § 72 VwVfG nro. marg. 7 y ss.; *Ziekow, Jan*, *VwVfG*, 2e ed., editorial Kohlhammer, Stuttgart 2010, § 72 nro. marg. 24 y ss.

Conforme a ello en este artículo se tomará como base los artículos 73 y 74 de la VwVfG. Ambas disposiciones forman el modelo básico del procedimiento de planificación de un proyecto de una obra de Infraestructura.

1.1. Confección del plan y solicitud de iniciación de un procedimiento de planificación de un proyecto de una obra de infraestructura

Antes de comenzar con el procedimiento de planificación en sí mismo, el organismo que desea llevar a cabo el proyecto, el así llamado organismo responsable del proyecto “Vorhabenträger”, (por ejemplo la autoridad provincial responsable de la construcción de las rutas, dado el caso, la Dirección Provincial de Vialidad o la Sociedad Anónima de Red de Ferrocarriles Alemanes) analiza en detalle su idea respecto al proyecto nuevo (por ejemplo la construcción de una nueva autopista o una nueva línea de ferrocarril). El organismo responsable del proyecto acude incluso a terceros ajenos a la Administración (por ejemplo a oficinas de planeamiento comerciales) en caso de considerarlo necesario. Ya en esta primera fase son normales las conversaciones informales con las personas afectadas por la planificación del proyecto.⁵⁵ El (borrador del) proyecto confeccionado de esta manera, forma parte de la solicitud de iniciación del procedimiento de planificación. El (bosquejo del) plan debe poseer el contenido previsto en el artículo 73 inc. 1, segunda oración de la VwVfG (croquis, explicaciones necesarias sobre el proyecto y los efectos que el mismo tendrá). Con la presentación de dicho plan ante la autoridad encargada de celebrar una audiencia inicial, el organismo responsable del proyecto solicita el comienzo del procedimiento correspondiente a dicha audiencia y con ello, al mismo tiempo, la iniciación formal del procedimiento de planificación de un proyecto de una obra de infraestructura (compárese art. 73 inc. 1, primera oración, en conexión con el art. 22 de la VwVfG).⁵⁶

55. *Dürr, Hansjochen, op. cit.* (véase nota al pie nro. 54), § 73 nro. marg. 15.

56. *Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, op. cit.* (véase nota al pie nro. 42), § 73 nro. marg. 12a.

1.2. Procedimiento de audiencia

En este momento la autoridad encargada de celebrar la audiencia debe requerir a todas las autoridades comprometidas en la planificación y a todas las asociaciones de protección de la naturaleza reconocidas estatalmente, que tomen una posición respecto del plan; además le corresponde ordenar la exposición del plan con sus correspondientes croquis y explicaciones en las municipalidades en donde el proyecto repercutirá (compárese art. 73 inc. 2, 3 y 5 de la VwVfG). Todo aquel (persona o autoridad, véase art. 73 inc. 3^a, inc. 4 de la VwVfG⁵⁷) que se encuentre afectado por el plan expuesto, puede interponer sus objeciones dentro de un breve plazo. Todas las objeciones interpuestas con posterioridad a este plazo no serán tenidas en cuentas en la evaluación del proyecto (preclusión); lo cual puede ocasionar un perjuicio muy grave para la persona afectada.⁵⁸ Ello así dado que las objeciones interpuestas fuera de término, no sólo no podrán ser opuestas más adelante dentro del procedimiento administrativo de planificación (en el sentido de la llamada preclusión formal), sino que tampoco podrán ser tenidas en cuenta en un posible futuro proceso judicial (preclusión material)⁵⁹ (al respecto véase VIII.). Ahora bien, podría pensarse que esta preclusión material de las objeciones interpuestas tardíamente, viola la garantía constitucional de la protección jurídica de los derechos consagrada en el artículo 19 inc. 4⁶⁰ de la Ley Fundamental Alemana; sin embargo ello no es así, toda vez que todas las objeciones interpuestas en término son indefectiblemente consideradas.⁶¹

57. Compárese para las Asociaciones de Protección de la Naturaleza estatalmente reconocidas, por ejemplo art. 17a Nr. 1 de la FStrG.

58. Sobre la preclusión de las objeciones tardías de las autoridades, compárese el art. 73 Abs. 3, 2^a oración de la VwVfG, llamada preclusión limitada de las autoridades.

59. BT-Drucks. 13/3995, p. 10.

60. Art. 19 inc. 4, 1^a oración de la. LF: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial”.

61. Compárese por ejemplo *BVerfGE* 61, 82 (109 y ss.); *BVerwGE* 104, 337 (345); *Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, op. cit.* (véase nota al pie nro. 42), § 73 nro. marg. 95.

A los fines de plasmar un procedimiento transparente la autoridad responsable de la audiencia debe efectuar un debate⁶² sobre las objeciones interpuestas contra el plan, conforme a lo previsto en el artículo 73 inc. 6, primera oración de la VwVfG. En dicha audiencia o debate participan la autoridad responsable del plan, las restantes autoridades afectadas, las personas que interpusieron objeciones, como así también el resto de los afectados y las asociaciones de protección de la naturaleza.⁶³ Esta audiencia es de vital importancia en el desarrollo del procedimiento. En ella participa también la autoridad competente para el dictado de la decisión final con respecto a la aprobación del plan, esto es la autoridad de aprobación de la planificación “Planfeststellungsbehörde”.⁶⁴ Esta audiencia formal dentro del procedimiento de planificación resulta más apropiada que la audiencia libre de formalidades prevista en el procedimiento administrativo general (compárese art. 28 de la VwVfG) a los fines de reunir todos los diferentes intereses en juego⁶⁵ y de procurar el acercamiento de los mismos.⁶⁶ El debate debe concluirse transcurrido los tres meses desde el vencimiento del plazo para la presentación de las objeciones (art. 73 inc. 6, séptima oración de la VwVfG). Luego de culminada la audiencia, la autoridad que la llevó a cabo debe elevar el plan a la autoridad de aprobación de la planificación (“Planfeststellungsbehörde”), conjuntamente con las tomas de posiciones de las autoridades administrativas, las objeciones que no pudieron resolverse y su propia opinión sobre el proyecto (compárese art. 73, inc. 9 de la VwVfG). En la práctica la autoridad responsable del plan suele

62. Ronellenfitch, Michael, Planfeststellung, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 53), 92 (104); Stüer, Bernhard/Probstfeld, Willi E., *Die Planfeststellung*, editorial C.H. Beck, München 2003, nro. marg. 824.

63. Compárese por ejemplo el art 17a Nr. 3 de la FStrG.

64. Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 42), § 73 nro. marg. 107. Sin embargo la audiencia según el art. 73 inc. 6, 6ª orac. junto con el art. 68 inc. 1, 1ª oración de la VwVfG no es pública, compárese: Stüer, Bernhard/Probstfeld, Willi E., *op. cit.* (véase nota al pie nro. 62), nro. marg. 813.

65. BVerwGE 60, 297 (303 y ss.).

66. Compárese Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 42), § 73 nro. marg. 98; Stüer, Bernhard/Probstfeld, Willi E., *op. cit.* (véase nota al pie nro. 62), nro. marg. 813.

ser muchas veces al mismo tiempo la autoridad encargada de la audiencia y la autoridad responsable de la aprobación. Aunque en dichos casos podría cuestionarse la neutralidad de la autoridad encargada de la audiencia, la jurisprudencia del Tribunal Federal en lo Contencioso-Administrativo no ve en ello violación alguna al principio del Estado de Derecho⁶⁷ e incluso renuncia a la toma de posición de dicha autoridad conforme lo prevé el artículo 73 inc. 9 de la VwVfG.⁶⁸

1.3. Acto de aprobación de la planificación seguido al control del plan

Al final del procedimiento la autoridad competente para la aprobación de la planificación decide, en forma vinculante, sobre la admisibilidad del proyecto de la obra de infraestructura presentado. Si ella considera al proyecto contrario a derecho, rechaza el pedido de aprobación de la planificación. Si lo considera conforme a derecho dicta la resolución de aprobación de la planificación (“Planfeststellungsbeschluss”) y de ser preciso las cargas o condiciones que resulten necesarias (compárese art. 74, inc. 2, segunda oración de la VwVfG). El contenido de los parámetros a tener en cuenta por la autoridad de control a los fines de la evaluación del proyecto, no se encuentran establecidos en el artículo 72 y siguientes de la VwVfG, sino que ellos resultan de todas las normas jurídicas que establecen los requisitos materiales que el proyecto debe cumplir; en especial aquellos que resultan de las leyes específicas de cada materia (por ejemplo de la Ley de Rutas Nacionales, de la Ley General de Ferrocarriles o de la Ley del Tráfico Aéreo, véase también IV.2.). Demás está decir que dicha autoridad también debe atenerse a las reglas de la dogmática jurídica y a los princi-

67. Compárese por ejemplo *BVerwGE* 58, 344 (346 ff.); *BVerwG*, en la revista: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 1987, 886 (886 f.); a favor por ejemplo *Pünder, Hermann*, en: Erichsen/Ehlers (editores), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª ed., editorial De Gruyter, Berlin 2010, § 15 nro. marg. 5; *Ronellenfitsch, Michael*, Planfeststellung, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 53), 92 (105); *Stüer, Bernhard/Probstfeld, Willi E.*, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 62), nro. marg. 109; crítico por ejemplo *Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich*, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 42), § 73 nro. marg. 16.

68. Compárese *BVerwGE* 58, 344 (351); *Ibler, Martin*, Gestaltungsfreiheit, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 29), p. 25.

pios jurídicos del derecho constitucional y del derecho administrativo; como así también a los principios de la metodología jurídica (por ejemplo interpretación, subsunción, discrecionalidad, ponderación).

De suma importancia dentro de la planificación de un proyecto de una obra de infraestructura resulta la así llamada libertad de planificación (también llamada discrecionalidad en la planificación)⁶⁹ y sus respectivos límites. La libertad de planificación es la facultad de configurar libremente una futura obra de infraestructura sin salirse del marco jurídico que le corresponde. La confección y aprobación de un plan, sin la correspondiente libertad de planificación sería una contradicción en sí misma.⁷⁰ La libertad de planificación de la autoridad de aprobación, por su capacidad específica de desarrollar una situación futura, es lo que diferencia la resolución de aprobación de la planificación de todas las otras decisiones administrativas. Sin embargo en la dogmática del derecho administrativo alemán se desarrolló en los últimos cuarenta años una manera de pensar y de decidir que estructuró esa libertad de planificación. Dicha dogmática se basa fundamentalmente en el principio constitucional del Estado de Derecho (compárese art. 20 inc. 3 de la LF)⁷¹ y en la garantía constitucional de la protección jurídica de los derechos (compárese art. 19 inc. 4, primera oración de la LF). Esa manera de pensar y de decidir se llama ponderación. Ella abarca la indagación de todos los intereses relevantes para la planificación, otorgándoles a cada uno de ellos la importancia que poseen y, conforme a ello, el grado de preferencia que ocupan a los fines de la evaluación del plan así como, de ser necesario, la reposición de los mismos en el lugar que les corresponde. Por lo demás la jurisprudencia y la doctrina desarrollaron indicadores que tienden a limitar la libertad de decisión de la autoridad de aprobación de la planificación. Estos indicadores se llaman “barreras” a la libertad de configuración de una planificación; la barrera más importante es el así llamado mandato de la justa ponderación.

69. Por ejemplo *BVerwGE* 90, 96 (99).

70. Jurisprudencia constante, compárese por ejemplo *BVerwGE* 48, 56 (59); 56, 110 (116).

71. Art. 20 inc. 3 de la LF: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”.

Así a modo de ejemplo, una autoridad que debe decidir sobre la planificación de una autopista se encuentra obligada a examinar, debido a las barreras de la libertad de planificación, los siguientes puntos:⁷² ¿Existe la necesidad de dicha autopista (la así llamada justificación del plan)?⁷³ ¿Se encuentra la planificación del proyecto en consonancia con las decisiones tomadas en los planes de niveles superiores (por ejemplo con las directivas dictadas por el Ministerio Nacional de Tránsito, compárese art. 16 de la FstrG y atrás, II.2.)? Por lo demás ¿Viola la planificación de la autopista quizás el derecho vigente, por violar por ejemplo alguno de los llamados axiomas de la planificación,⁷⁴ como la prohibición del artículo 1 inc. 3 de la FStrG de crear cruces a una misma altura en las autopistas? Si todas estas barreras o límites no impiden la planificación de la autopista, la autoridad de aprobación de la planificación debe además ponderar: si predominan los interés públicos que avalan la construcción de la autopista sobre los interés públicos y privados que la rechazan, por ejemplo el interés público de protección del medio ambiente o el interés privado del propietario de un terreno (véase art. 17, segunda oración de la FstrG). En dicha evaluación la autoridad de aprobación del plan debe respetar el mandato de la justa ponderación.

Este mandato de la justa ponderación exige que los intereses públicos y privados afectados por el plan sean justamente sopesados los unos con los otros.⁷⁵ Si bien los pormenores de dicho mandato no se encuentran codificados, hoy gozan de reconocimiento general. El artículo 75 inc. 1a de la VwVfG y varias leyes especiales de planificación⁷⁶ los dan por sobreentendido tal como fueron desarrollados por la jurisprudencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos superiores.

72. Fundamentalmente *BVerwGE* 48, 56 (59). Compárese también por ejemplo *Leist, Alexander/Tams, Christian J., op. cit.* (véase nota al pie nro. 52), 995 (998 y ss.).

73. Al respecto véase art. 1 inc. 2, 2ª oración de Ley para la Necesidad de las Rutas Nacionales del 20-1-2005 (BGBl. I p. 201) en su versión del 9-12-2006 (BGBl. I p. 2.833).

74. En esta vieja terminología, en el último tiempo por ejemplo *BVerwGE* 125, 101 (172).

75. *BVerwGE* 48, 56 (63).

76. Compárese por ejemplo el art. 17, 2ª oración de la FStrG, el art. 18, 2ª oración de la AEG. Para la planificación total, compárese el art. 1 inc. 7 de la BauGB y el art. 7 inc. 2 del ROG.

Las formulaciones que los jueces encontraron para describir este mandato adquirieron un gran reconocimiento y son citadas con frecuencia:

“El mandato de la justa ponderación exige primero, que la ponderación sea llevada a cabo; segundo, que en la ponderación sean considerados todos aquellos intereses que según dicho caso deban ser indefectiblemente tenidos en cuenta, es decir, que no se deje ningún interés de lado y tercero, que la importancia o significado de los intereses públicos y privados no sea desconocida y que en la ponderación ningún interés resulte con una valoración que esté totalmente fuera de relación con su valoración objetiva. Dentro del marco así descrito el imperativo de la justa ponderación no es violado cuando la autoridad de planificación, al momento de efectuar la colisión entre los diferentes intereses, decide en favor de unos con la correspondiente desvalorización de los otros.”⁷⁷

Si la autoridad de aprobación de la planificación decide en favor de la realización del proyecto, determina ella misma el contenido exacto del plan. La así llamada resolución de aprobación de la planificación (“Planfeststellungsbeschluss”) (compárese art. 74 inc. 1, primera oración de la VwVfG) es un acto escrito compuesto por el plan en sí mismo y por un texto. Dicho acto contiene, por lo general, (incluida la motivación) varios de cientos de páginas. La autoridad de aprobación de plan resuelve asimismo en este acto todas aquellas objeciones sobre las cuales no se pudo llegar a un acuerdo en el debate efectuado ante la autoridad responsable de la audiencia (art. 74 inc. 2, primera oración de la VwVfG). A partir de este momento puede comenzarse con la puesta en marcha de la realización del proyecto.⁷⁸

77. Jurisprudencia constante, por ejemplo *BVerwGE* 48, 56 (63 y ss.) en adhesión a la Jurisprudencia correspondiente al mandato de la justa ponderación en el derecho de planificación. Al respecto compárese *BVerwGE* 34, 301 (309); 45, 309 (314 y ss.).

78. En el derecho técnico específico a veces se permite el comienzo de la realización del plan, aún antes del dictado de la Resolución de Aprobación de la Planificación. Véase por ejemplo el art. 33 de la *KrW-/AbfG* y *Steinberg, Rudolf/Berg, Thomas/Wickel, Martin, Fachplanung*, 3a ed., editorial Nomos, Baden-Baden 2000, § 5 nro. marg. 53.

1.4. Realización del plan

El plan se pone en práctica en tanto y en cuanto el organismo responsable del mismo construye la obra de infraestructura sobre las bases de la resolución de aprobación de la planificación. Dicho organismo debe comenzar con la “ejecución del plan” antes de los cinco años, contados a partir de la inimpugnabilidad del proyecto (compárese art. 74 de la VwGO); de lo contrario el acto de aprobación de la planificación del proyecto caduca (compárese art. 75 inc. 4 de la VwVfG).⁷⁹ Con el objetivo de proteger a los afectados de una inadmisibles planificación a reserva,⁸⁰ se exige al organismo responsable del plan la realización de un acto externo visible que demuestre que el plan se realizará; como sería por ejemplo el cierre de un contrato con una empresa constructora privada en el cual se encuentre estipulada la fecha exacta del comienzo de la construcción de la obra de infraestructura.⁸¹

VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN DEL PROYECTO

En el derecho alemán no existe una determinada forma jurídica que englobe a todos los “planes” posibles. Ello no es ninguna sorpresa debido a la gran gama de planes que pueden presentarse y a sus diversos contenidos. Sin embargo el legislador estipuló para algunos planes una determinada forma jurídica; así el Plan del Presupuesto Nacional del Estado debe ser

79. Varias leyes técnicas específicas son mucho más generosas (diez años con la posibilidad de prórroga por la autoridad de planificación por cinco años más). Compárese por ejemplo el art. 17c nr. 1 de la FStrG, el art 18c nro. 1 de la AEG. Algunas reflexiones sobre su constitucionalidad (Art. 14 inc. 1 de la LF; derecho fundamental de propiedad) en *Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, op. cit.* (véase nota al pie nro. 42), § 75 nro. marg. 34a.

80. Véase por ejemplo BVerwGE 84, 123 (127 y ss.).

81. *Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, op. cit.* (véase nota al pie nro. 42), § 75 nro. marg. 36; *Dürr, Hansjochen, op. cit.* (véase nota al pie nro. 54), § 75 nro. marg. 109.

una ley (art. 110, inc. 2, primera oración de la LF⁸²), un Plan de Urbanización debe tener la forma de un reglamento administrativo (art. 10 inc. 1 del BauGB⁸³). Si un plan no tiene prevista una forma jurídica específica, de la lectura e interpretación del mismo, puede ocurrir que surja que él encuadra en alguna de las formas jurídicas tradicionales (ley, decreto, reglamento, acto administrativo). Si ello no es posible, el plan posee el carácter de un instrumento público *sui generis* (por ejemplo el Plan para el Aprovechamiento y Uso del Suelo “Flächennutzungsplan”, al respecto véase II.1.)⁸⁴ De la interpretación de la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (VwVfG) se desprende que la resolución de aprobación de la planificación que da por concluido el procedimiento de planificación es un acto administrativo.⁸⁵ El acto administrativo es la más importante y la más usual; la forma jurídica y de accionar “clásica” de la Administración Pública alemana.⁸⁶ El mismo se encuentra legalmente definido en el artículo 35 de la VwVfG desde la codificación del procedimiento administrativo general efectuada por dicha ley en el año 1976. Si bien la VwVfG no caracteriza expresamente a la resolución de aprobación de la planificación como un acto administrativo, dicho carácter se deduce de la circunstancia de que esta resolución cumple con todos los requisitos del acto administrativo según la definición legal del artículo 35 de la VwVfG:

La autoridad de aprobación de la planificación de un proyecto de una obra de infraestructura es una autoridad administrativa (compárese art. 1 inc. 4 de la VwVfG), que conforme a normas de derecho público

82. Art. 110 inc. 1, 1ª oración de la LF: “El presupuesto será fijado por la ley de presupuesto para uno o varios ejercicios económicos, separado por años, antes de que comience el primer ejercicio”.

83. Véase nota al pie nro. 7.

84. Véase por ejemplo Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17ª ed., editorial C. H. Beck, München 2009, § 16 nro. marg. 24).

85. Compárese por ejemplo BVerwGE 29, 282 (282 f.); 152 (156); Maurer, Hartmut, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 84), § 16 nro. marg. 22.

86. Véase por ejemplo Maurer, Hartmut, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 84), § 9 nro. marg. 2 f.; Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, *Verwaltungsrecht I*, 12ª ed., editorial C. H. Beck, München 2007, § 45 nro. marg. 1 y ss.

(“en el ámbito del derecho público”) dicta una resolución de aprobación de un plan como una “medida de poder público” con efectos jurídicos externos (“para afuera”, compárese sólo el artículo 75 inc. 1, segunda oración de la VwVfG). Por lo demás cada resolución de aprobación de un plan contiene “una parte dispositiva” (art. 74 inc. 5, segunda oración de la VwVfG), esto es una “regulación” en el sentido del artículo 35, primera oración de la VwVfG (véase también VII.2.1). Dicha regulación consiste por un lado en la autorización del plan, el cual normalmente no es idéntico al plan original presentado al inicio del procedimiento según el artículo 73 inc. 1 de la VwVfG (véase V.1.3); y por otro lado en su inherente permiso de construcción.⁸⁷ Al mismo tiempo la resolución de aprobación de la planificación se sobrepone a los intereses públicos y privados contrarios al proyecto y obliga a los afectados a soportar los posibles daños que pudieran sufrir como consecuencia de la ejecución de dicho proyecto acorde al plan aprobado.⁸⁸ Por lo tanto dicha resolución posee el carácter de un acto administrativo con destinatario general en el sentido del artículo 35, segunda oración de la VwVfG.⁸⁹

El carácter de acto administrativo de la resolución de aprobación del proyecto también se deduce de la remisión del artículo 74 inc. 1, segunda oración de la VwVfG a los artículos 69 y sig. de la VwVfG,⁹⁰ como asimismo de la remisión del artículo 75 inc. 2 de la VwVfG y de las disposiciones de las leyes especiales (por ejemplo art. 17e de la FstrG) a las normas sobre la protección jurídica de los actos administrativos (al respecto véase más adelante VIII.).

87. Bonk, Heinz Joachim/Neumann, Werner, in: Stelkens/Bonk/Sachs (editores), VwVfG, editorial C. H. Beck, 7a ed., München 2008, § 74 nro. marg. 20.

88. Ziekow, Jan, Ziekow, Jan, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 54), § 74 nro. marg. 10 y ss.; Ronellenfitsch, Michael, *Planfeststellung, op. cit.* (véase nota al pie nro. 53), 92 (96 y ss.).

89. Wolff, Heinrich Amadeus, en: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 2a ed., Verlag C. H. Beck, München 2007, § 74 VwVfG nro. marg. 2 y ss.

90. Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, *op. cit.* (véase al pie nro. 86), § 56 nro. marg. 19.

VII. EFECTOS JURÍDICOS DE LA RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN

La gran importancia que posee el acto administrativo en Alemania se basa en los efectos jurídicos que las leyes, con la VwVfG a la cabeza,⁹¹ le atribuyen a dicho acto. La mayoría de los efectos jurídicos del acto administrativo empiezan a entrar en vigencia directamente con su notificación (art. 43 de la VwVfG) y ello en principio con independencia de la legalidad o ilegalidad de dicho acto (compárese arts. 43 y 44 de la VwVfG). Dichos efectos jurídicos se ven aún más intensificados cuando el acto administrativo no puede ser impugnado ante la justicia debido al vencimiento de los plazos para interponer un recurso (la llamada firmeza del acto administrativo).⁹² Existen efectos jurídicos generales que la VwVfG concede a todo acto administrativo⁹³ y existen efectos jurídicos específicos de los actos administrativos dictados en un procedimiento de planificación de un proyecto de una obra de infraestructura (la resolución de aprobación de la planificación). Estos últimos se acopian a los primeros.

1. Vista general de los efectos jurídicos comunes a todo acto administrativo

Todo acto administrativo da por concluido un procedimiento administrativo, este es su efecto constitutivo dentro del procedimiento administrativo (compárese por ejemplo art. 9 de la VwVfG). No solamente los administrados, sino también todas las autoridades estatales se encuentran obligadas a respetar el acto administrativo dictado, el así llamado efecto de “situación de hecho”.⁹⁴ Toda vez que en el acto administrativo se aplican

91. Otros importantes efectos jurídicos del acto administrativo se desprenden de la VwGO.

92. Compárese por ejemplo *Maurer, Hartmut, op. cit.* (véase nota al pie nro. 84), § 9 nro. marg. 1 y ss.

93. Compárese por ejemplo *Maurer, Hartmut, op. cit.* (véase nota al pie nro. 84), § 11 nro. marg. 41 y ss.; *Wolff, Heinrich Amadeus, op. cit.* (véase nota al pie nro.89), § 35 VwVfG nro. marg. 9; *Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, op. cit.* (véase nota al pie nro. 86), § 45 nro. marg. 9 y ss.

94. Compárese por ejemplo *Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, op. cit.* (véase nota al pie nro. 42), § 43 nro. marg. 16 y ss.

en un caso concreto disposiciones generales y abstractas, posee además efectos de concretización. Debido a que el acto administrativo mediante dicha concretización precisa a su vez los derechos y obligaciones individuales de determinados administrados, como así también del Estado (compárese art. 43 de la VwVfG), logra seguridad jurídica y confianza en el caso concreto. Ello es el fundamento tanto para el llamado efecto de individualización del acto administrativo, como para su efecto de clarificación y de estabilidad. Si el acto administrativo impone al administrado una determinada conducta, la Administración puede hacer ejecutar forzosamente el acto administrativo sin necesidad de recurrir previamente a la justicia, en caso de ser ello necesario. Es decir que el acto administrativo opera como título ejecutivo de la Administración (la así llamada función de título del acto administrativo, compárese por ejemplo⁹⁵ el art. 6 inc. 1 de la Ley Nacional sobre Ejecución Administrativa). Por lo demás el acto administrativo posee efectos procesales, en tanto la VwGO pone a disposición del administrado medios procesales especiales contra los actos administrativos, cuando el mismo quiera hacer valer la protección jurídica de sus derechos.⁹⁶

2. Efectos jurídicos especiales de la resolución de aprobación de la planificación

Adicionalmente a los efectos jurídicos más arriba esbozados, el acto administrativo que se dicta en un procedimiento de planificación de un proyecto de una obra de infraestructura (resolución de aprobación de la

95. Por ejemplo, según las leyes sobre la ejecución administrativa de la Nación y de los Estados Federados (por ejemplo art. 2 de la “Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz Baden-Württemberg”; [Ley del Estado Federado de Baden-Württemberg sobre la ejecución administrativa]: “Los actos administrativos pueden ser ejecutados 1. cuando se volvieron inimpugnables [Compárese art. 70 y ss. VwGO] o 2. cuando los efectos suspensivos de un recurso fueron suprimidos [compárese art. 80 Abs. 2 VwGO].”).

96. Véase la *Anfechtungs-* y *Verpflichtungsklage* (acción de revocación y acción de deber) en art. 42 inc. 1 VwGO, la *Nichtigkeitsfeststellungsklage* (acción de nulidad) en art. 43 inc. 2, 2ª oración VwGO, el *Widerspruchsverfahren* (procedimiento recursivo) según el art. 68 y sig. de la VwGO y la *vorläufige Rechtsschutz* (medida cautelar) según el art. 80 inc. 5 VwGO.

planificación), posee otros efectos jurídicos específicos. Dichos efectos especiales son decisivos para que el plan elaborado en el procedimiento de aprobación del proyecto pueda ser ejecutado en forma rápida y prioritaria. A continuación serán detallados cada uno de dichos efectos específicos: efecto de permiso de construcción, efecto de concentración, efecto constitutivo, efecto de aceptación y efecto de expropiación previa.

2.1. Efecto de permiso de construcción, artículo 75, inc. 1, primera oración de la VwVfG

Con la notificación⁹⁷ de la resolución de aprobación de la planificación, se constata la admisibilidad del proyecto de la obra de infraestructura; compárese artículo 75, inc. 1, primera oración de la VwVfG. Ello es interpretado como un permiso de obra y, por lo tanto, permite que pueda comenzarse con la ejecución del proyecto (por ejemplo con la construcción de la ruta).⁹⁸

2.2. Efectos de Concentración, artículo 75, inc. 1, segunda oración, de la VwVfG

El efecto jurídico más importante en la práctica, pero al mismo tiempo el más difícil de explicar jurídicamente y el más interesante de analizar dogmáticamente, es el efecto especial de concentración de la resolución de aprobación de la planificación. El mismo se encuentra regulado en el artículo 75 inc. 1, primera oración de la VwVfG: “Juntamente con la resolución de aprobación de la planificación no resultan necesarias otras declaraciones administrativas de derecho público, en especial autorizaciones, concesiones, permisos, declaraciones de aprobación o de asentimiento.”⁹⁹

97. Compárese art. 74 inc. 4, 5 de la VwVfG.

98. Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 42), § 75 nro. marg. 5; Leist, Alexander/Tams, Christian J., *op. cit.* (véase nota al pie nro. 52), 995 (997); Wolff, Heinrich Amadeus, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 89), § 75 VwVfG nro. marg. 3.

99. Sobre la acumulación de varios proyectos sujetos a un procedimiento de planificación, véase el art. 78 de la VwVfG.

Conforme la jurisprudencia y la opinión mayoritaria de la doctrina, se trata del así llamado efecto de concentración formal.¹⁰⁰ El efecto de concentración formal significa que la planificación del proyecto se rige únicamente por las reglas procedimentales de los artículos 73 y 74 de la VwVfG; las cuales sustituyen los restantes permisos con sus correspondientes reglas procedimentales previstas en otras leyes. Debido a ello el efecto de concentración formal suele, a veces, ser llamado efecto de sustitución.¹⁰¹ Así por ejemplo, cuando la construcción de una autopista requiere la construcción de un puente, el mismo no precisa de un procedimiento independiente para el permiso de su construcción, ni tampoco de un permiso de construcción extra. Ambos son sustituidos en virtud del efecto de concentración formal por el procedimiento de planificación del proyecto de la obra de infraestructura y por la resolución de aprobación de la planificación respectivamente. La autoridad administrativa que supuestamente tendría competencia para conceder el permiso de construcción de dicho puente perdió su competencia en manos de la autoridad de planificación del proyecto. Es decir que la construcción del puente no será decidida por la autoridad administrativa del departamento de construcción, sino por la autoridad competente para la aprobación de la planificación.

Por el contrario la resolución de aprobación de la planificación carece del llamado efecto de concentración material. Por lo tanto no serán reemplazados por el procedimiento de aprobación del proyecto, ni por la resolución de aprobación de la planificación los requisitos materiales u objetivos establecidos para dicho proyecto por otras leyes.¹⁰² La autoridad de aprobación de la planificación del proyecto debe (siempre y cuando excepcionalmente no se determine lo contrario en alguna ley)¹⁰³ aplicar la normativa material del derecho de construcción, del derecho de protec-

100. Compárese por ejemplo *BVerwGE* 125, 116 (278); *Durner, Wolfgang*, Konflikte, *op. cit.* (véase nota al pie nro. 4), p. 121 y ss. (con otras referencias).

101. Así por ejemplo *BVerwGE* 74, 1 (8); 123, 241 (243).

102. Compárese por ejemplo *BVerwGE* 27, 253 (256); 55, 220 (230); 70, 242 (244); 85, 155 (156); 125, 116 (278).

103. Por ejemplo el art. 38, 1ª oración del BauGB declara inaplicables determinadas disposiciones jurídicas, cuando la decisión sobre un proyecto es tomada mediante el procedimiento de la planificación de proyectos de obras de construcción.

ción de la naturaleza, del derecho de protección contra las inmisiones, etc; por ejemplo debe asegurarse que en la construcción y en el funcionamiento de la futura autopista sean respetadas las disposiciones sobre protección contra el ruido.

2.3. Efecto constitutivo, artículo 75, inc. 1, segunda oración de la VwVfG

El efecto constitutivo complementa el efecto de concentración.¹⁰⁴ Debido a su efecto constitutivo la resolución de aprobación de la planificación regula con fuerza vinculante todas las relaciones de derecho público existentes entre la autoridad responsable del proyecto y los afectados por el mismo. Dicha resolución establece constitutivamente los derechos y obligaciones del organismo responsable del plan y de las personas afectadas, aún cuando ellas no hayan participado en el procedimiento de la planificación del proyecto.¹⁰⁵

2.4. Efecto de aceptación, artículo 75 inc. 2, 2ª oración de la VwVfG

El efecto de aceptación va todavía más allá del efecto constitutivo. El efecto de aceptación significa que todas las personas que se ven afectadas por la obra de infraestructura programada, deben aceptar su construcción y su funcionamiento. Este deber de aceptación no entra en vigor directamente con la notificación o publicación de la resolución aprobatoria del plan, sino recién cuando ella no pueda ser más impugnada ante el Tribunal Contencioso-Administrativo. La inimpugnabilidad de la resolución de aprobación de la planificación comienza como muy temprano, luego de un mes de su notificación (véase art. 74 inc. 1 de la VwGO). El mandato de aceptación del artículo 75 inc. 2, primera oración de la VwVfG excluye a partir de la inimpugnabilidad de la resolución de aprobación, toda pretensión de defensa en contra del proyecto de la obra de infraestructura que pudiera surgir de alguna norma legal. Con el propósito de considerar ade-

104. Compárese por ejemplo *Wolff, Heinrich Amadeus, op. cit.* (véase nota al pie nro. 89), art. 75 de la VwVfG nro. marg. 9.

105. *Bonk, Heinz Joachim/Neumann, Werner, op. cit.* (véase nota al pie nro. 87), § 75 nro. marg. 24.

cuadramente algunos casos extremos, el artículo 75 inc. 2 de la VwVfG prevé en sus oraciones segunda hasta quinta algunas reglas de compensación y/o indemnización.¹⁰⁶

2.5. Efecto de expropiación previa

Para la realización de una obra de infraestructura (por ejemplo de una autopista) sobre terrenos ajenos, puede que sea necesario recurrir a la expropiación de algún terreno cuando su propietario no desee venderlo voluntariamente a la autoridad responsable del proyecto. Ahora bien una expropiación sólo es admisible, conforme al artículo 14 inc. 3, primera oración de La Ley Fundamental Alemana, por razones de bien común.¹⁰⁷ Además debe efectuarse un proceso expropiatorio ante una autoridad expropiatoria. Ello así puede decirse que toda vez que la autoridad de aprobación de la planificación tomó en cuenta en el procedimiento de planificación del proyecto, las repercusiones que el mismo tendría para todos los propietarios afectados y para sus correspondientes derechos constitucionales de propiedad (art. 14 de la LF), otorgándole prioridad a la planificación; afirmó al mismo tiempo la existencia de un bien común.¹⁰⁸ Las leyes especiales sobre las diferentes infraestructuras¹⁰⁹ (en consonancia con el art. 74 inc. 6, segunda oración, de la VwVfG) complementan el artículo 75 de la VwVfG confiriéndole a la resolución de aprobación de la

106. Compárese *Dürr, Hansjochen, op. cit.* (véase nota al pie nro. 25), § 75 nro. marg. 41, 43 y ss.; *Wolff, Heinrich Amadeus, op. cit.* (véase nota al pie nro. 89), § 75 de la VwVfG nro. marg. 13.

107. Art. 14 inc. 3, 1º y 2º oración LF: “La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización.”

108. Compárese *BVerfGE* 74, 264 (282); *Gaentzsch, Günter*, “Die Planfeststellung als Anlagenzulassung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Enteignung”, en *Planung und Plankontrolle*, Festschrift für Otto Schlichter zum 65. Geburtstag, editorial Carl Heymanns, Köln 1995, p. 517 (532).

109. Véase por ejemplo el art. 19 de la FStrG, el art. 22 de la AEG, el art. 44 de la WaStrG, el art. 28 del LuftVG, el art. 30 de la PBefG (Personenbeförderungsgesetz; Ley sobre el transporte de viajeros por ejemplo en tranvías).

planificación otro efecto jurídico: el así llamado efecto de expropiación previa. Ello significa que la autoridad de expropiación se encuentra jurídicamente obligada a la resolución de aprobación de la planificación que fuera dictada, en la cual se habría otorgado prioridad al proyecto en beneficio del bien común y en mengua de los intereses privados de los propietarios (por ejemplo art. 19 inc. 2 de la FStrG). La autoridad de expropiación sólo debe determinar en el procedimiento de expropiación el monto de la indemnización que le corresponde a los propietarios (compárese art. 14 inc. 3, segunda oración de la LF).

VIII. PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN

Gracias a los efectos jurídicos especiales de la resolución de aprobación de la planificación, la Administración estatal puede planificar importantes proyectos de obras de infraestructura en forma comparativamente eficaz. Esta ganancia para el bien común se paga, en parte, con el aplazamiento de los intereses contrarios al proyecto. Así pueden verse afectados derechos o intereses de particulares; pero también puede que sean intereses públicos, como la protección de la naturaleza, los que tengan que retroceder ante el proyecto de la obra de infraestructura. Una cierta protección de dichos derechos e intereses se logra, sin embargo, mediante el alto grado de formalidad que posee el procedimiento de planificación, especialmente porque en el mismo todos los pro y los contra del proyecto deben debatirse públicamente (véase más atrás V.1.2). Ahora bien la protección de los derechos mediante un procedimiento administrativo no alcanza en un Estado de Derecho. Debido a ello la Constitución alemana garantiza en su artículo 19, inc. 4 la protección de los derechos mediante un juez independiente. Como consecuencia de ello la resolución de aprobación de una planificación puede ser impugnada ante los Tribunales Contencioso-Administrativos. El ordenamiento jurídico alemán tuvo en consideración que los derechos de los particulares ya fueron protegidos en el procedimiento formal de planificación del proyecto, por lo cual para la protección jurídica de los derechos contra una resolución de aprobación de una planificación, renunció al procedimiento recursivo previsto en la Ley para la Justi-

cia Administrativa Alemana (VwGO) (compárese art. 74 inc. 1, segunda oración conjuntamente con el art. 70 de la VwVfG y el art. 68 inc. 1, segunda oración de la VwGO). Por lo demás, debido a la importancia que poseen los proyectos de obras de infraestructura, los tribunales competentes para estos casos son normalmente los tribunales de la jurisdicción contenciosa de rango superior; inclusive en algunos casos la competencia es exclusiva del Tribunal Federal en lo Contencioso-Administrativo (véase art. 50 inc. 1 nro. 6 de la VwGO). No obstante ello la protección jurídica contra una resolución de aprobación de una planificación resulta generalmente complicada por la cantidad de derechos e intereses que están en juego en un procedimiento de planificación de un proyecto y por la cantidad de personas afectadas por el mismo. A continuación sólo se detallarán las constelaciones más importantes que hacen a la protección jurídica de los derechos con respecto a la resolución de aprobación de la planificación y sus peculiaridades.¹¹⁰

1. Diferentes constelaciones en la protección jurídica de los derechos

La acción prevista en la VwGO para la impugnación de los actos administrativos, la así llamada acción de impugnación o revocación del acto administrativo, es la clase de acción correcta cuando el demandante (por ejemplo un particular, una asociación de protección de la naturaleza o una municipalidad) persigue la revocación judicial de la resolución de aprobación. Pero en muchas oportunidades el demandante ya da por satisfecha su necesidad de protección jurídica con la simple condena a la autoridad administrativa a la ampliación o complementación del plan. En estos supuestos conforme la jurisprudencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos alemanes resulta improcedente una acción de impugnación o revocación del acto administrativo. La acción que el administrado

110. Por lo demás, compárese *Leist, Alexander/Tams, Christian J., op. cit.* (véase nota al pie nro. 52), 1093 y ss.; *Stüer, Bernhard, Handbuch, op. cit.* (véase nota al pie nro. 26), nro. marg. 4757 y ss.; *Schütz, Peter, Rechtsschutz*, en: Ziekow (editor), *Praxis des Fachplanungsrechts*, editorial Werner, München 2004, nro. marg. 824 y ss.

puede interponer en estos casos es la “*Verpflichtungsklage*”, esto es, la “acción de imposición de un deber” solicitando la imposición de determinada carga o deber (compárese art. 74 inc. 2, segunda oración y/o art. 75 inc. 2, segunda oración de la *VwVfG*), como sería por ejemplo la construcción de una barrera antirruido.¹¹¹ Si la imposición de una determinada carga no resulta suficiente para la protección jurídica de sus derechos, el demandante puede solicitar que se lleve a cabo nuevamente una parte del procedimiento de planificación, por ejemplo que la ponderación sea completada. Así, según la jurisprudencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos alemanes, en principio ante un error en la ponderación, no puede tener éxito una acción de revocación del acto administrativo.¹¹² Ello así toda vez que conforme el artículo 75 inc. 1ª de la *VwVfG* las deficiencias en la ponderación conducen sólo excepcionalmente a la revocación de la resolución de aprobación de la planificación (al respecto compárese más adelante VIII.4.). Más bien la acción que aquí resulta pertinente interponer es una acción declarativa tendiente al reconocimiento judicial de la ilegalidad de la resolución de aprobación, (“*Feststellungsklage*”, acción declarativa) conjuntamente con la petición de que dicha resolución no sea ejecutada hasta tanto el procedimiento de planificación no sea complementado.¹¹³

A diferencia de la protección judicial contra otros actos administrativos, la demanda contra la resolución de aprobación de una planificación no obliga normalmente a la autoridad administrativa a la paralización de la ejecución del proyecto hasta tanto sea dictada la sentencia judicial.¹¹⁴ Por ello cuando el accionante pretende la inmediata suspensión de las obras, debe articular además una medida cautelar supletoria con dicho propósito.

111. Véase por ejemplo *BVerwGE* 56, 110 (133); 101, 71 (85).

112. Compárese por ejemplo *BVerwGE* 117, 149 (158).

113. Compárese por ejemplo *BVerwGE* 100, 370 (373); 115, 254 (268); 117, 149 (158).

114. Compárese por ejemplo el art. 80 inc. 2, 1ª oración nro. 3 de la *VwGO* conjuntamente con el art. 17e inc. 2 de la *FStrG*, el art. 18e inc. 2 de la *AEG*, el art. 14e inc. 2 de la *WaStrG*.

2. Legitimación activa, artículo 42 inc. 2 de la VwGO

La Constitución Alemana garantiza la protección jurídica (sólo) de los derechos subjetivos individuales ante los Tribunales Contencioso-Administrativos (compárese art. 19 inc. 4, primera oración de la LF). Por ello mismo los derechos subjetivos son más importantes en Alemania que en otros países.¹¹⁵ Por lo tanto, en principio, sólo posee legitimación activa aquel que pretende hacer valer la violación de sus derechos por parte de la Administración (compárese art. 42 inc. 2 de la VwGO¹¹⁶). Los derechos que aquí entran en consideración son por ejemplo la violación de un derecho constitucional o del derecho a una justa ponderación. Quien se vea afectado por los efectos expropiatorios previos de la resolución de aprobación de la planificación (véase arriba VII.2.5) puede ampararse en su derecho constitucional de propiedad (art. 14 inc. 1, primera oración e inc. 3 de la LF).¹¹⁷ Las Municipalidades, por su parte, pueden invocar su derecho a una autonomía municipal¹¹⁸ (art. 28 inc. 2, primera oración de la LF).¹¹⁹

115. Para más detalle, véase por ejemplo Ibler, Martin, “El derecho a la tutela judicial en el Estado de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Nro. 22/23. Valencia; 1998, p. 185 y ss. (186-188).

116. El art. 42 inc. 2 de la VwGO tiene aplicación directa únicamente para la *Verpflichtungs* y *Anfechtungsklage*, (acción de deber y acción de revocación), pero es aplicado en forma análoga en todas las restantes formas de protección judicial, compárese por ejemplo Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger, *VwGO*, 16a ed., editorial C.H. Beck, München 2009, § 42 nro. marg. 62.

117. Compárese *BVerfGE* 56, 249 (262 f.); para más detalles Paetow, Stefan, “Die Klagebefugnis des von einer Planung mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung Betroffenen”, en: *Verfassung – Umwelt – Wirtschaft, Festschrift für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag*, editorial C. H. Beck, München 2010, p. 509 y ss.

118. *BVerwGE* 100, 388 (392); Stüer, Bernhard, *Handbuch, op. cit.* (véase nota al pie nro. 26), nro. marg. 4765.

119. Art. 28 inc. 2, 1ª oración de la LF: “Deberá garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local”.

Por su parte, algunas normas legislativas garantizan sólo en casos excepcionales la posibilidad de acudir a la justicia contencioso-administrativa, cuando el demandante no pretende hacer valer una violación en sus derechos subjetivos. Debido a la influencia del derecho europeo en el ordenamiento jurídico alemán, dichas excepciones sin embargo han aumentado en los últimos años. Así dentro de estas excepciones, una muy importante es la consagrada a las asociaciones de protección de la naturaleza con reconocimiento estatal.¹²⁰ Ellas son consideradas las “defensoras de la naturaleza”, y pueden invocar en un proceso judicial que la resolución de aprobación de la planificación violó una disposición legal protectora de la naturaleza (compárese art. 64, inc. 1, nro. 1 de la VwGO, la así llamada acción colectiva altruista).¹²¹ Una excepción similar, cuyo alcance aún no se encuentra del todo determinado, fue establecida en el año 2006 por la llamada Ley de Recursos Judiciales para la Protección del Medio Ambiente.¹²² Cabe aclarar que esta ley se dictó en transformación de una Directiva Comunitaria.¹²³ Conforme a dicha ley una asociación de protección de la naturaleza con reconocimiento estatal, posee legitimación activa cuando: a) considera que la resolución de aprobación de la planificación afectó algún punto que entra dentro del ámbito de su competencia; b) contradice además disposiciones jurídicas dictadas en servicio de la protección del medio ambiente; c) crean derechos en favor de (alguna) persona¹²⁴ y d) son de relevancia a los fines de la aprobación o desaprobarción

120. Compárese el art. 63 inc. 1 *BNatSchG* juntamente con el art. 3 de la *Umweltrechtsbehelfsgesetz* (Ley de Recursos Judiciales para la Protección del Medio Ambiente) los cuales dan prioridad al fomento de los objetivos de la protección de la naturaleza y la conservación del paisaje.

121. *BVerwGE* 127, 208 (212).

122. Ley sobre disposiciones complementarias a la Ley de Recursos Judiciales para la Protección del Medio ambiente según la Directiva Comunitaria 2003/35/EG del 7-12-2006 (BGBl. I p. 2.816), últimamente modificada mediante la ley del 31-7-2009 (BGBl. I p. 2.585).

123. Art. 10a de la Directiva 85/337/EWG (Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; Comunidad Económica Europea, CEE) en la versión de la Directiva 2003/35/EG.

124. Es decir que no tiene que ser necesariamente un derecho propio de la asociación de protección de la naturaleza, compárese: *Schmidt, Alexander/Kremer, Peter*, “Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und der weite Zugang zu Gerichten”, en la revista *Zeitschrift für Umweltrecht* (ZUR) 2007, p. 57 (58): “Stellvertreterklage” (Acción de Representación).

del plan (compárese art. 2 inc. 1 Nro. 1 y 2 de la Ley de Recursos Judiciales para la Protección del Medio Ambiente).

Por lo demás la legitimación activa puede ser desde un principio rechazada y, por lo tanto, la acción declarada improcedente, cuando el accionante no hizo valer sus derechos dentro del procedimiento administrativo de la planificación del proyecto, o bien cuando lo hizo en forma tardía; por lo que dichos derechos se encuentran (materialmente) precluidos (compárese V.1.2). Las alegaciones de las asociaciones de protección de la naturaleza también pueden precluirse, no obstante que ellas no precisan poseer un derecho subjetivo, cuando ellas no fueron formuladas a tiempo durante el procedimiento administrativo (compárese art. 2, inc. 1, nro. 3. de la Ley de Recursos Judiciales para la Protección del Medio Ambiente).

3. Alcance de las sentencias de los Tribunales Contencioso-Administrativos

La justicia contenciosa-administrativa revoca el acto administrativo impugnado en tanto y en cuanto él es ilegal y por ello viola los derechos del demandante (véase art. 113 inc. 1, primera oración de la VwGO).¹²⁵ Con esta oración la ley describe clara y brevemente, el poder de decisión de los jueces contencioso-administrativos. Aquí resulta importante destacar los términos “en tanto y en cuanto” y “por ello”. Ello significa que no cualquier error conlleva automáticamente a la revocación de la resolución de aprobación de la planificación, sino que por el contrario, debe tratarse de la violación a una norma jurídica en la cual se fundamente el derecho subjetivo del accionante. Por lo tanto el objetivo de la norma supuestamente violada no debe ser la protección abstracta del bien común, sino que ella debe proteger específicamente a un grupo pequeño de personas, entre los cuales se encuentre el demandante (la así llamada teoría de la

125. En forma similar el art. 113 inc. 5, 1ª oración de la VwGO requiere para la “Verpflichtungsklage” (acción de deber) que el rechazo del acto administrativo haya sido ilegal y que con ello se haya violado al demandante en sus derechos, es decir, requiere una pretensión. (por ejemplo a la imposición de una condición tendiente a proteger sus derechos, en el sentido del art. 74 inc. 2 de la VwVfG).

norma de protección, “Schutznormtheorie”).¹²⁶ Los derechos subjetivos por excelencia son los derechos constitucionales. Dentro de los derechos de rango legal¹²⁷ a tener en cuenta, se encuentra el derecho a la justa ponderación de los intereses propios.¹²⁸ Por el contrario el demandante no posee ningún derecho subjetivo a la justa ponderación de los intereses jurídicos de otras personas o del interés público general. Al respecto cabe aclarar que el legislador ha dictado varias normas procesales tendientes a proteger solamente el interés general y no el interés jurídico de determinadas personas; por lo que una demanda judicial carecería de éxito cuando la resolución de aprobación de planificación adolezca de una ilegalidad puramente objetiva por violar alguna de estas normas.¹²⁹ Sin embargo existen excepciones a esta regla: así la demanda del propietario del terreno en el cual se ejecutará la obra de infraestructura, puede tener éxito aún cuando la resolución de aprobación sea solamente contraria al derecho objetivo.¹³⁰ Con ello la jurisprudencia ha tenido en cuenta la importancia que posee el derecho de propiedad dentro del ordenamiento jurídico alemán y el efecto de expropiación previa que posee la resolución de aprobación de la planificación (compárese VII.2.5)¹³¹ Otra excepción la constituyen las

126. Compárese sólo *Maurer, Hartmut, op. cit.* (véase nota al pie nro. 84), § 8 nro. marg. 8.

127. Los derechos de rango legal en el sistema jurídico alemán, son todos aquellos derechos que poseen un rango inferior a los derechos constitucionales.

128. Por ejemplo sobre el mandato de la justa ponderación, compárese por ejemplo *BVerwGE* 48, 56 (66); 125, 116 (177).

129. Por ejemplo una acción debido al desvío en la línea de determinación del art. 16 de la FStrG (compárese. *Schmidt, Jutta*, en: Müller/Schulz (editores), *FStrG*, editorial C. H. Beck, München 2008, art. 16 de la FStrG nro. marg. 16; *Stüer, Bernhard*, *Handbuch, op. cit.* (véase nota al pie nro. 26), nro. marg. 3295).

130. Por ejemplo por ser contraria al mandato de la justa ponderación con respecto a los intereses jurídicos públicos (compárese *BVerwGE* 125, 116 (279)) o a los axiomas de planificación del art. 1 inc. 3 de la FStrG.

131. Al respecto resulta básico el fallo *BVerwGE* 67, 74 (75 f.) Sin embargo dicha Jurisprudencia es discutida, compárese también *BVerwGE* 131, 274 (287 y ss.). *BVerwGE* 67, 74 (76) quien se remite al “Principio de la Legalidad de la Expropiación”, compárese también *BVerfGE* 56, 249 (262 y ss.) y *Paetow, Stefan, op. cit.* (véase nota al pie nro. 117), p. 509 (513).

demandas de las asociaciones de protección de la naturaleza con reconocimiento estatal. Aquí tampoco es necesario que se haya violado un derecho subjetivo de la asociación, sin embargo su demanda sólo tendrá éxito cuando la resolución de aprobación de la planificación haya violado alguna norma dictada al servicio de la protección de la naturaleza (compárese art. 64 Ley Nacional de Protección a la Naturaleza) y/o del medio ambiente (compárese art. 2 inc. 5, primera oración de la Ley sobre los Recursos Judiciales para la Protección del Medio Ambiente).

El poder de revocación de los Tribunales Contencioso-Administrativos con respecto a una resolución ilegal de aprobación de una planificación, se encuentra limitada en los artículos 75 inc. 1a y artículo 45 y siguientes de la VwVfG, como así también en diversas disposiciones de las leyes de infraestructura.¹³² Así por ejemplo, la Ley de Rutas Nacionales establece que en determinados casos la Justicia sólo podrá ordenar a la Administración el cumplimiento de un deber o de una carga (como por ejemplo la construcción de una barrera antirruído, véase V.1.3, VIII.1.) o en otros supuestos, determina que la obra de infraestructura sólo podrá ser paralizada por el tiempo que la autoridad de aprobación de la planificación requiera para la subsanación de los errores cometidos en un procedimiento complementario (compárese más atrás VIII.1.).

4. Intensidad de la revisión judicial

La intensidad del control judicial de la resolución de aprobación de una planificación es menor con relación al control judicial de los otros actos administrativos. Esta limitación al control judicial tiene como objetivo respetar la libertad de configuración de la autoridad de planificación. Debido a ello la Justicia solamente puede controlar si la autoridad administrativa acató los límites de la libertad de configuración de la planificación (véase más atrás V.1.3). El control judicial permanece intenso en tanto y en cuanto dichos límites se encuentren expresamente previstos en una norma jurídica. Así por ejemplo, se controlará el cumplimiento exacto de las estrictas dispo-

132. Compárese por ejemplo el art. 17e inc. 6 de la FStrG, el art. 18e inc. 6 AEG., el art. 14º inc. 6 de la WaStrG.

siones procesales que hacen al procedimiento de planificación. De la misma manera se verificará el cumplimiento exacto de los requisitos materiales que las diversas normas imponen a un determinado proyecto de una obra de infraestructura. Por el contrario el control judicial de la ponderación es menos intenso. Su parámetro es el mandato de la justa ponderación creado por la jurisprudencia (compárese más arriba V.1.3).¹³³ Así solamente se evaluará si la autoridad administrativa aplicó libre de errores el imperativo de la justa ponderación.¹³⁴ Errores en la justa ponderación son: 1. La omisión de la ponderación (la así llamada falta de ponderación), 2. La falta de ponderación de algún interés (el así llamado déficit de ponderación), 3. El error en la valoración de un interés, es decir, otorgar a un interés menos importancia de la que le corresponde (el así llamado error en la valoración de un interés) y 4. La ponderación desproporcional de intereses contradictorios (la así llamada desproporcionalidad de la ponderación).¹³⁵ Sin embargo últimamente el legislador ha tendido a disminuir la importancia de estos errores en la ponderación (compárese el art. 75 inc. 1° de la VwVfG y sus correspondientes disposiciones en las leyes especiales de las diferentes infraestructuras¹³⁶) mediante las así llamadas disposiciones tendientes al mantenimiento de la planificación (“Planerhaltungsvorschriften”).¹³⁷ En dichas disposiciones el legislador declara irrelevantes determinados errores en la ponderación de los intereses, en tanto que ante otros errores el efecto que prevé no es la revocación de la aprobación de la planificación, sino solamente el deber de complementar dicha aprobación mediante la imposición de una carga o mediante la complementación de la ponderación en un procedimiento adicional (compárese art. 75 inc. 1, segunda oración de la VwVfG). Los únicos errores en la ponderación que pueden provocar la revocación de la resolución de

133. Fundamental al respecto el fallo *BVerwGE* 48, 56 (59); Sin embargo dicha jurisprudencia es discutida, compárese por ejemplo *BVerwGE* 56, 110 (116 f.); 59, 253 (257).

134. Jurisprudencia discutida desde el fallo *BVerwGE* 48, 56 (63 y ss.).

135. Compárese *BVerwGE* 64, 270 (272 y ss.).

136. Por ejemplo el art. 17e inc. 6 de la FStrG, el art. 18e inc. 6 de la AEG, el art. 14e inc. 6 de la WaStrG.

137. Compárese por ejemplo *BVerwGE* 130, 83 (98).

aprobación de la planificación son los errores graves en la ponderación y que conducen a una planificación incorrecta. De esta manera el legislador quiso reforzar la eficacia de la resolución de aprobación de la planificación, sin que al mismo tiempo se vea desproporcionalmente disminuida la protección jurídica de los ciudadanos.

IX. EVALUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE PLANIFICACIÓN

La planificación es en Alemania el procedimiento administrativo más importante para la elaboración y ejecución de proyectos de obras de infraestructuras de gran envergadura. La circunstancia de que en nuestro país, altamente tecnológico y densamente poblado (229 habitantes por kilómetro cuadrado), cada proyecto nuevo de infraestructura atente contra los derechos de muchos ciudadanos y del medio ambiente no impidió que este procedimiento administrativo especial posibilite desde hace décadas una planificación equilibrada y hasta cierto punto efectiva. Luego de la reunificación de Alemania el procedimiento de planificación de un proyecto de una obra de infraestructura demostró nuevamente su eficacia en la reconstrucción de la obsoleta infraestructura de lo que fue la Alemania socialista-comunista. A pesar de ello este procedimiento, tal como se encuentra actualmente legislado, es últimamente objeto de críticas con mayor frecuencia. Sin embargo dichas críticas son ambivalentes. Así, por un lado se critica que la planificación de proyectos de obras de infraestructuras importantes es demasiado lenta y larga,¹³⁸ por lo que la construcción de una autopista nueva puede llegar a durar fácilmente veinte años. La culpable de ello sería la constante protección de los particulares afectados y de las asociaciones de protección del medio ambiente, a quienes no solamente se les hace participar en detalle en el procedimiento administrativo de planificación; sino que además, al final del mismo, pueden acogerse a su derecho a una efectiva protección jurídica ante los jueces. Expresión de esta crítica es el nuevo proyecto de ley tendiente a modificar la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo con el objetivo (y siguiendo el ejem-

138. Compárese por ejemplo *Bernhard Stürer, Leistungsfähigkeit, op. cit.* (véase nota al pie nro. 45), p. 10 (14).

plo de algunas leyes especiales de infraestructura)¹³⁹ de que el debate público, tan importante para los ciudadanos, sea previsto en todos los procedimientos de planificación de forma meramente facultativa. Por el contrario la crítica opuesta considera que la participación que se les concede a los ciudadanos en el procedimiento de planificación, es insuficiente y, por sobre todo, poco transparente. Ella exige por lo tanto una mejor integración “democrática” de los ciudadanos en la planificación de los grandes proyectos de infraestructura.¹⁴⁰ Una espectacular expresión de esta crítica la configuran las actuales demostraciones en contra de la reforma de la estación central de tren de Stuttgart, la capital de la provincia de Baden-Württemberg. Dichas demostraciones llevan ya meses de duración. Sin embargo ellas recién comenzaron luego de que el procedimiento administrativo de planificación, con la correspondiente participación de los ciudadanos, ya se encontrara hace tiempo concluido y después de que los Tribunales Contencioso-Administrativos rechazasen en todas sus instancias la acción judicial interpuesta contra dicho proyecto. Más aún, la tardía mediación (“conciliación”), no prevista legalmente y que fuera propuesta por el gobierno provincial a los demostrantes y transmitida durante semanas en la televisión abierta, no pudo provocar ningún cambio en el resultado de la planificación.¹⁴¹

La ambivalencia de las críticas más arriba comentadas, demuestra que el uso y los beneficios, aún de procedimientos administrativos largamente reconocidos, son siempre nuevamente cuestionados, a pesar de que a veces luego de dichos cuestionamientos resulta necesario efectuar una reforma en los mismos. Sería inadecuado, y por lo demás poco funcional, pretender agregar elementos de democracia directa (por ejemplo un referéndum) a un procedimiento que ya en sí mismo es bastante complicado.

139. Por ejemplo en el art. 17a nro. 5 de la FStrG; el art. 18a nro. 5 de la AEG.

140. Compárese por ejemplo *Prantl, Heribert*, “Basta. Planificaciones de Grandes Proyectos: Cuando el ciudadano es considerado como un estorbador. ¿Son programados los estorbos?”, en el periódico: *Süddeutsche Zeitung* nro. 5 del 8/9- 1- 2011, p. 4.

141. Compárese por ejemplo *Schönenbroicher, Klaus*, Irritationen um Stuttgart 21– Aktuelle Anmerkungen zu Verfahren und Bürgerbeteiligung bei raumbedeutsamen Großvorhaben, en la revista: *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg* (VBIBW) 2010, p. 466 y ss.

Por otra parte en Alemania las iniciativas de los proyectos de las obras de infraestructura más importantes se basan en las decisiones presupuestarias, en la mayoría de los casos, de la autoridad estatal responsable del proyecto. Para la toma de estas decisiones no está previsto, con justa razón, en nuestro ordenamiento jurídico ninguna participación democrática directa de los ciudadanos. De forma similar tampoco resultaría adecuado reprimir la participación que los ciudadanos tienen prevista legalmente en el procedimiento de planificación. La planificación de importantes proyectos de obras de infraestructura es complicada y sólo puede darse a entender a los ciudadanos afectados y a las asociaciones de protección del medio ambiente mediante su explicación por un experto. Para ello el Estado debe preparar un procedimiento adecuado, tendiente a proteger los derechos de los particulares. La renuncia general a un debate público obligatorio sólo podría permitirse, debido a la garantía jurídica de la protección de los derechos consagrada en nuestra Constitución (art. 19 inc. 4 de la LF) siempre y cuando se refuerce la posterior protección jurídica ante la justicia; sin embargo esto último no es por ahora previsible. Por lo menos parece plausible el esfuerzo técnico-legal tendiente a extraer de las diferentes leyes de infraestructura las disposiciones procesales capaces de ser generalizadas e incorporarlas en la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo.¹⁴² Ello estaría conforme al rol de las leyes de procedimiento administrativo como obras de regulación del derecho administrativo general.

APÉNDICE: Resumen del procedimiento de planificación de proyectos de obras de infraestructura en la VwVfG

1. Preparación de toda la documentación correspondiente al proyecto por parte de quien desea solicitar su aprobación y efectuar su ejecución (en general, una autoridad administrativa), esto es, el responsable del proyecto; y presentación de dicha documentación a la autoridad encargada de la audiencia, juntamente con la solicitud de

142. Proyecto de ley del Ministerio Nacional del Interior del 6-12-2010.

iniciación de un procedimiento de planificación de un proyecto de una obra de infraestructura (art. 73 inc. 1 de la VwVfG).

2. Procedimiento de audiencia ante la autoridad administrativa competente para celebrar la audiencia

-Requerimiento de una toma de posición a las autoridades, municipalidades (art. 73 inc. 2 de la VwVfG) y asociaciones de protección de la naturaleza reconocidas estatalmente (por ejemplo art. 17a nro. 2 de la FstrG).

-Exposición del plan en las municipalidades (art. 73 inc. 3, 5 de la VwVfG).

-Oportunidad de los ciudadanos afectados de interponer sus objeciones contrarias al plan (art. 73 inc. 4 de la VwVfG).

-Debate sobre las objeciones y las tomas de posiciones presentadas en una audiencia determinada para ello (art. 73 inc. 6 de la VwVfG).

-Elevación del proyecto y de su documentación por parte de la autoridad de la audiencia (junto con su postura, la de las municipalidades y otras autoridades administrativas, como así también de las objeciones que no pudieron resolverse) a la autoridad competente para la aprobación de la planificación (art. 73 inc. 9 de la VwVfG).

3. Revisión de la solicitud de aprobación y de toda la documentación por parte de la autoridad competente para la aprobación de la planificación

-Control de legalidad del proyecto.

-Ponderación de los intereses favorables y contrarios al proyecto mediante el ejercicio de su libertad de planificación.

-Dictado de una decisión vinculante sobre el proyecto presentado mediante un acto administrativo que concluye con el procedimiento, esto es, mediante la resolución de aprobación de la planificación, artículo 74 inc. 1 y 2 de la VwVfG, art. 35, segunda oración de la VwVfG.

4. A la resolución de aprobación de la planificación le siguen:

-Dado el caso: la protección jurídica ante los Tribunales Contencioso-Administrativos.

-Dado el caso: la expropiación de terrenos.

Martin Ibler y Matthias Hangst

- Dado el caso: el posterior dictado de condiciones o cargas tendientes a proteger los derechos de los afectados (art. 75 inc. 2, 3 de la VwVfG).
- La construcción de la obra de infraestructura por el organismo responsable del proyecto.

La Ley Italiana 241/90 de Procedimiento Administrativo

*Por Diana-Urania Galetta**

I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ITALIA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 241/90

1. Nacimiento y evolución de la noción del procedimiento administrativo en Italia

Respecto de otros países de Europa continental, como por ejemplo Alemania, Italia evidencia un considerable retraso en la adopción de una disciplina del procedimiento administrativo, que data recién del año 1990.

Este retraso se debió, principalmente, a la existencia de un sistema de tutela jurisdiccional administrativa fundamentado en la impugnación de medidas administrativas. Con la consecuencia de que nuestra doctrina ha centrado durante mucho tiempo sus estudios exclusivamente en los caracteres y en los efectos de la medida, considerada como un acto que produce efectos externos, expresión de la voluntad del Estado en el caso concreto.

Así el interés y el estudio sobre la evolución del concepto de procedimiento administrativo se puede encontrar en la doctrina italiana solamente a partir de la segunda década de mil novecientos.¹

* Profesora ordinaria de Derecho administrativo y de Derecho administrativo europeo en Università degli studi di Milano. Autora de numeroso trabajos referidos en <http://www.giuripol.unimi.it/persona/galetta.htm>

1. El primer estudioso italiano que hace referencia al procedimiento como figura jurídica autónoma fue CAMMEO, Federico, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, la Litotipo, Padua, 1914, p. 1083 y ss. y Vol. III, la Litotipo, Padua, 1914, p. 1234 y ss.

El primer verdadero estudio sistemático sobre el procedimiento administrativo se debe a Aldo Mazzini Sandulli.² Con el estudio de Sandulli, la doctrina italiana no sólo se ha limitado a recuperar el tiempo perdido sino que se posicionó en un estudio muy avanzado sobre el tema. Ella ha elaborado la llamada noción formal del procedimiento administrativo por la cual delinea como característica esencial de la noción de procedimiento administrativo, precisamente, “el proceder”, es decir, el desarrollo de un fenómeno para su conclusión y, por tanto, para el dictado de una medida administrativa. Se trata, esto es, del así llamado *Vorgang* alemán.

En el encuadramiento del procedimiento como noción formal, es decir, como una sucesión de momentos en el tiempo, se ha derivado la distribución en etapas del procedimiento (etapa preparatoria, etapa constitutiva, etapa integrativa de la eficacia).

La concepción formal del procedimiento ha influido fuertemente en la jurisprudencia administrativa, en el período inmediatamente posterior a la segunda guerra, que ha receptado sustancialmente la construcción del fenómeno procedimental formulada por Sandulli.

2. El trabajo de la Comisión Nigro y la adopción de la ley 241/90

Antes del dictado de la Ley General del Procedimientos Administrativos N° 241/90, la disciplina del procedimiento se manejaba –como lo que aún sucede en otros ordenamientos, por ejemplo el francés– conforme las reglas de elaboración esencialmente jurisprudenciales. Al inicio de los años ochenta, sin embargo, viene a manifestarse la necesidad de establecer una serie de normas generales para la disciplina del procedimiento administrativo: conforme lo que había sucedido, en particular, en Alemania, con el dictado de la *Verwaltungsverfahrensgesetz* de 1976. Fue nombrada, por tanto, la así llamada Comisión Nigro (dirigida, por supuesto, por el Prof. Nigro), que concluyó su labor en 1984.

El esquema propuesto por la Comisión Nigro fue objeto de varias modificaciones, incluyendo la respuesta a las conclusiones de una opinión

2. SANDULLI, Aldo Mazzini, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1940.

emitida por la reunión general del Consejo de Estado en febrero de 1987. Eso fue también unificado con otro proyecto –siempre preparado por la Comisión Nigro– sobre el derecho de acceso a los documentos administrativos.

Se llegó, así, a la sanción de la ley del 7 de agosto de 1990 N° 241/90, denominada “Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos administrativos”.

La ley 241/90 –como veremos– fue objeto de numerosas modificaciones posteriores: en particular, por las leyes 15/2005,³ 80/2005,⁴ 69/2009⁵ y por la ley 122/2010.⁶

La ley 241/90 es una ley breve, con sólo algunas reglas generales sobre el procedimiento. No establece un marco completo y exhaustivo y actúa, por lo tanto, sólo como un mínimo común denominador.

3. Ley del 11 de febrero de 2005, N° 15, “modificaciones y adiciones a la Ley del 7 agosto de 1990, N° 241/90, sobre normas generales sobre la acción administrativa”, en el Diario Oficial N° 42 del 21-2-2005.

4. Ley del 14 de mayo de 2005, N° 80, “conversión en ley, con modificaciones, del decreto ley del 14 de marzo de 2005, N° 35, relativo a las disposiciones urgentes dentro del plan de acción para el desarrollo económico, social y territorial. Delegaciones al Gobierno para la modificación del código de procedimiento civil en materia de proceso de casación y de arbitraje así como para la reforma orgánica de la normativa de los procedimientos concursales”, en el Diario Oficial N° 111 del 14-5-2005 suplemento ordinario N° 91.

5. Ley del 18 junio de 2009, N° 69 “Disposiciones para el desarrollo económico, la simplificación, la competitividad, así como en materia de proceso civil”, en el Diario Oficial N° 140 del 19-6-2009 suplemento ordinario N° 95.

6. Ley del 30 de julio de 2010 N°122 , “Conversión en ley, con modificaciones, del decreto ley del 31-5-2010, N° 78, relativo a las medidas urgentes en materia de estabilización financiera y de competitividad económica”, en el Diario Oficial N° 176 del 30-7-2010.

II. FUNCIONES DEL PROCEDIMIENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 241/90

1. Las funciones del procedimiento administrativo en Italia

En una extrema síntesis, se puede decir que el procedimiento administrativo en Italia cumple cuatro funciones principales.

En primer lugar, ésta tiene la función de establecer la correspondencia entre la medida que se tiene intención de dictar y las previsiones normativas en vigor (función de investigación). Esta función, que consiste en una investigación y una verificación de los hechos, también es común al procedimiento más simple.

En segundo lugar, el procedimiento administrativo tiene el propósito de llevar a cabo las funciones de integración de la ley (función de integración), a través del ejercicio de la así llamada discrecionalidad administrativa. Permite, en los hechos, llenar el espacio que la ley eventualmente ha dejado libre con el fin de disponer la Administración la posibilidad de adecuar el proveído al objeto de la medida: para todos los casos en los que una mera aplicación directa de la ley se revelare inadecuada respecto al tipo de intervención (como, por ejemplo, para el caso de las intervenciones en la economía o en la actividad social, que implica la necesidad para la Administración de tener en cuenta los contextos en permanente y rápido cambio).

La tercera función que cumple el procedimiento es aquella de adquisición y selección de los intereses. El interés público señalado por la norma es, en los hechos, necesariamente general y abstracto y le corresponde a la Administración hacerlo ser específico y concreto, además de todos los hechos, también a todos los intereses que potencialmente entran en juego respecto de las medidas dictadas.

La cuarta y última función es aquella de organización de los intereses, que se realizará sobre la base de la aplicación de los principios generales.

2. El artículo 1 de la ley 241/90 y los principios del procedimiento administrativo

El artículo 1 de la ley 241/90, con la modificación de la ley 15/2005 y de la ley 69/2009, enuncia los principios generales de la actividad administrativa.

La enumeración contenida en el artículo 1 no es exhaustiva y aparece, en cierto modo, redundante. Vale la pena todavía valorar brevemente, siguiendo el orden específico de la enunciación los principios utilizados por la previsión.

A) La determinación de los fines por parte de la ley

Trátase de un principio muy importante que significa que, en este contexto específico, el principio de la legalidad implica no sólo que es la ley la que prevé la autoridad administrativa y, al munirla de poderes, la ley asigna, también, a la Administración los fines en vista de los cuales ejerce los poderes que le son asignados.

B) Los principios de economía y de eficacia y la eficiencia como principio de síntesis

El principio de economía se refiere a la relación entre los recursos utilizados y los resultados obtenidos. Una Administración es económica cuando alcanza los resultados con el mínimo dispendio de recursos.

El principio de eficacia, sin embargo, describe la relación entre objetivos y resultados: una Administración es eficaz cuando alcanza los objetivos fijados.

Entre los dos principios enunciados puede existir –y a menudo existe– una relación conflictiva. Una Administración puede de hecho ser económica, pero no eficaz: cuando los recursos de que dispone son insuficientes para alcanzar los objetivos asignados. Por el contrario, entonces, una Administración puede ser eficaz pero no económica: porque los objetivos son realizados con un dispendio excesivo de recursos.

El principio de eficiencia, entendido como la mejor relación posible entre los medios empleados y los objetivos conseguidos, puede ser identi-

ficado como el momento de síntesis entre los principios de economía y de eficacia. Es, de hecho, aunque no se lo menciona en el artículo 1 de la ley 241/90, expuesto en el artículo 3 bis de la ley 241/90, introducido por la ley 15/2005, que se refiere al uso de la informática en la actividad de la Administración como instrumento para conseguir mayor eficiencia.

C) Los principios de publicidad y transparencia

Los principios de publicidad y transparencia –introducidos en el artículo 1 por la ley 15/2005– se ubican en una relación mutua de género (la transparencia) a especie (la publicidad).

El concepto de transparencia, cuando se refiere a la actividad administrativa, resulta ser muy amplio y su amplitud bien se la identifica con la metáfora de Filippo Turati, la Administración pública como una “casa de cristal”, en cuyo interior, todo es siempre y constantemente visible.

Una manifestación concreta de este principio está representada por las normas contenidas en el reciente decreto Brunetta,⁷ que tiene entre sus objetivos “la transparencia de la conducta de la Administración pública también como garantía de la legalidad” (art. 2, inc. 2).

La confirmación de la amplitud del principio de transparencia –que se define como “*nivel esencial de las prestaciones concernientes a la Administración pública en el sentido del artículo 117, inciso segundo, letra m) de la Constitución*”– el artículo 11 del decreto Brunetta establece: “*La transparencia se la entiende como la accesibilidad total, aún a través del instrumento de la publicación en los sitios institucionales de la Administración pública...*”.

A diferencia del principio de transparencia –que hace referencia a un concepto polivalente y tiene por ello un contenido indefinido– la publicidad proporciona mayor concreción y encuentra explicación en muchos de los institutos previstos en la ley 241/90. En particular, se expresa en la obligación de fundamentar las medidas administrativas (art. 3), el deber

7. Decreto legislativo del 27 de octubre de 2009, N° 150. “Aplicación de la ley del 4 de marzo de 2009, N° 15, en materia de optimización de la productividad del trabajo público y de eficiencia y transparencia de las administraciones públicas”, en el Diario Oficial N° 254 del 31 de octubre de 2009, N° 254 - Suplemento ordinario N° 197.

de informar la apertura del procedimiento (art. 7) e identificar al responsable del procedimiento (art. 5) y, también, más en general, en todas las normas de la ley 241/90 sobre la participación y el acceso a los actos.D)

Los principios del ordenamiento comunitario

Con referencia a la ley 15/2005, en el artículo 1 de la ley 241/90 se añadió una referencia expresa también a los principios del ordenamiento comunitario.⁸ La referencia en cuestión es de un valor altamente simbólico ya que, en primer lugar, estos principios ya eran prioritariamente vinculantes para la Administración nacional en ausencia de una referencia expresa. En segundo lugar, la disposición del artículo 1 de la ley 241/90 reintroduce el concepto mucho más amplio que se encuentra en el artículo 117, inciso 1, párr. 1 de la Constitución, como definido en la ley constitucional 3/2001,⁹ según el cual “*La potestad legislativa es ejercida por el Estado y las Regiones, respetando la Constitución y también los vínculos que se derivan del ordenamiento comunitario*”. Entre estas vinculaciones, sin duda también se incluyen las derivadas de los principios generales del derecho de la Unión Europea (así como las previsiones de los Tratados y del derecho derivado).

En cuanto a la identificación de estos principios generales del Derecho de la Unión Europea son numerosos y en constante evolución; parece imposible dar aquí una lista exhaustiva. Entre ellos, también es posible referirse, en particular, al principio de proporcionalidad, el principio de la tutela de la confianza legítima y, por último, los principios que van a constituir lo que en el artículo 41 de la Carta europea de Derechos se describe como el “derecho a una buena Administración.”

E) El deber de no agravar el procedimiento

El inciso 2 del artículo 1 de la ley 241/90 especifica: “*La Administración pública no puede agravar el procedimiento, excepto por extraordinarias y fundamentadas exigencias impuestas por el desarrollo de la ins-*

8. A los que ahora hay que remitirse como a los “principios del ordenamiento de la Unión Europea” con la entrada en vigor el 1° de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, que ha llevado al abandono la adjetivización “comunitario”.

9. Ley constitucional del 18 de octubre de 2001, N° 3, “Modificaciones al título V de la segunda parte de la Constitución”, en el Diario Oficial N° 248 del 24 de octubre de 2001.

trucción”. En la aplicación de este principio se prohíbe a la Administración cumplir actos instructorios superfluos o imponer a los particulares cumplimientos inútiles o superfluos. En este sentido, una ejecución de este principio son las normas de la autocertificación, y también el artículo 30 de la ley 241/90 respecto a actos notorios.

Como veremos (en el punto siguiente, III.3.), desde la perspectiva de la Administración, sin embargo, este principio se va a equilibrar con el principio inquisitorio, que domina la etapa instructoria.

3. El ámbito de aplicación de la ley 241/90 y la relación con la legislación especial

Según el artículo 29 inciso 1 de la ley 241/90, como definición de la reciente ley 69/2009, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo se aplican a las Administraciones estatales, a los entes públicos nacionales y a las sociedades con participación pública total o mayoritaria, limitadas al ejercicio de las funciones administrativas. La ley 241/90 no se aplica, por lo tanto, a la actividad administrativa llevada a cabo por autoridad no administrativa (tal como la Cámara de Comercio). Sin embargo, ella se aplica a los sujetos privados sometidos a los procedimientos públicos y, en la medida en que desarrollen tales procedimientos, por ejemplo, se aplican a las federaciones deportivas cuando desarrollan funciones públicas. El mismo razonamiento se aplica, pues, para los entes públicos económicos y –como es ahora claramente especificado en la norma– para la sociedad con total o prevaleciente capital público. Mientras que las autoridades administrativas independientes, dada la legislación específica detallada y el papel particular que desempeñan, la aplicación de la ley 241/90, se entenderá como sólo residual y diseñada para llenar los eventuales vacíos y lagunas.

En cuanto a la Administración y los entes públicos no estatales, a raíz de la reforma del título V de la Constitución (ley const. 3/2001¹⁰), que ha significado una gran expansión de las competencias legislativas

10. Ley constitucional del 18 octubre de 2001, N° 3 cit.

regionales, es necesario especificar en qué límites la ley 241/90 también es aplicable en relación a las Administraciones regionales y locales.

En este sentido, ello se ha realizado primero con la ley 15/2005 y luego con la ley 69/2009. Ambas han modificado el artículo 29 de la ley 241/90.

En la versión actualmente en vigor, el inciso 1 del artículo 29 especifica que existe una serie de disposiciones que se aplican a “*todas las Administraciones públicas*” y, por tanto, también a las autoridades regionales y locales. Se trata, en particular, de las disposiciones en materia de consecuencias de la demora de la Administración en la conclusión del procedimiento (art. 2-bis), en materia a los acuerdos integrativos o sustitutivos de la medida (art. 11), en materia de acuerdos entre la Administración pública (art. 15), en materia de recursos relativos al derecho de acceso (art. 25, inc. 5, 5-bis y 6) y no sólo a las disposiciones del Capítulo IV bis sobre la eficacia y la invalidez de las medidas administrativas de revocación y rescisión. Los incisos 2-bis y 2-ter del artículo 29 especifican, sin embargo, cuáles de estas previsiones de la ley 241/90 afectan al así llamado nivel básico de prestaciones en virtud del artículo 117, inciso 2, letra m) de la Constitución y, por tanto, inderogable “hacia abajo”. Es decir que para estas previsiones (como indica expresamente el inc. 2-*quater* del art. 29), las regiones y los entes locales, en adecuar los procedimientos administrativos de su competencia, no pueden establecer garantías inferiores, pero pueden proporcionar mayores niveles de tutela. Se trata, en particular, de las disposiciones de la ley 241/90 en materia de obligaciones para la Administración pública, de garantizar la participación del interesado en el procedimiento, de individualizar un responsable, de concluirlo en el plazo prefijado y de asegurar el acceso a la documentación administrativa, así como a las relacionadas con la duración máxima del procedimiento. Se trata también de las disposiciones sobre la información certificada de inicio de la actividad (SCIA)¹¹ y el consentimiento del silencio.

Estas disposiciones constituyen también un vínculo en la relación de las regiones con estatuto especial y las provincias autónomas de Trento y Bolzano, que son necesarios para adaptarlas a su propia legislación, “de

11. La “señalización certificada de comienzo actividades” (SCIA) ha sido introducida por el artículo 19 de la ley 241/90 por ley 122/2010 cit. El instituto existe desde el principio, sólo que en la versión originaria del artículo 19, eso se llamaba “denuncia de inicio de actividad” (DIA). La ley 80/2005 la había, en vez, denominado como la “declaración de inicio de actividad”.

acuerdo a sus estatutos y sus normas de aplicación” (art. 29, inc. 2- quinquies).

Vale la pena, por último, señalar que, en los términos de la declaración expresa del inciso 1 del artículo 29, las disposiciones de la ley 241/90 se aplican a las Administraciones, entes públicos, etc. Por lo que se aplicarán, en general, a la actividad de estas entidades y no releva la naturaleza del poder ejercido: toda la actividad relacionada con actos de relevancia externa (no, es decir, a la actividad puramente interna) está sujeta a la previsión de la ley 241/90, incluidas las realizadas mediante la aplicación de las normas del derecho privado (ex art. 1-bis, ley 241/90). Se trata, en efecto, de todos modos, de la actividad que está dirigida al cumplimiento del interés público.

Por último, en relación con el problema de la relación entre las normas de procedimiento contenidas en la ley 241/90 y la contenida en la normativa especial, se aplica el criterio normal de la sucesión de las leyes en el tiempo. Dado que, de hecho, la ley 241/90 es una ley que se aplica a todos los procedimientos administrativos “en forma horizontal”, no puede basarse en el criterio de la especialidad. En consecuencia, la ley 241/90 también se encuentra por encima respecto de los procedimientos regulados por leyes especiales ya en vigor: con respecto a aquellos institutos que no han sido normados por ley especial y, con respecto a los institutos que regían antes de la ley especial, sin embargo, en forma diversa a la ley 241/90.

La situación es diferente, obviamente, para el caso de una ley especial posterior que expresamente derogue los principios de la ley 241/90. En este caso, de hecho, la normativa especial posterior prevalecerá en cuanto *lex posterior*.

III. ESTRUCTURA EN ETAPAS Y PLAZO DEL PROCEDIMIENTO

1. La estructura en etapas del procedimiento, subprocedimientos, procedimientos coligados y procedimientos compuestos

Desde la monografía fundamental de Aldo M. Sandulli, de 1940, la doctrina italiana describe el procedimiento administrativo como aquel recorrido dividido en etapas (las etapas del procedimiento) que la Administración debe seguir para ejercer un determinado poder administrativo, que

le otorga la norma a fin de lograr un fin específico de interés público a través del dictado de una medida específica.

El recorrido a seguir está actualmente delineado en la ley 241/90 mediante la individualización de la secuencia de actos y operaciones a cumplir.

El procedimiento se divide tradicionalmente en cuatro etapas: la etapa inicial, la etapa instructoria, la etapa decisoria y la etapa integrativa de la eficacia. No obstante, no todos los procedimientos contienen las cuatro etapas: esto vale, en particular, como veremos, para la etapa integrativa de la eficacia. Además, existen procedimientos que tienen una estructura mucho más compleja al ser articulados, a su vez, en subprocedimientos.

Si se tiene un sub-procedimiento cada vez que –para colaborar con el accionar de la Administración que se persigue– otra Administración pública interviene dentro del contexto del procedimiento principal con opiniones, propuestas, acuerdos, etc., estos actos son a su vez adoptados como consecuencia de un procedimiento que lleva el nombre de sub-procedimiento, porque no tiene relevancia externa autónoma y es destinado a confluir con el procedimiento principal. En consecuencia, los actos finales de un subprocedimiento (la opinión, la propuesta, etc.) no son considerados por nuestra jurisprudencia como autónomamente impugnables porque, se dice, no son susceptibles de causar un perjuicio directo e inmediato. El perjuicio se verificará en el momento del dictado de la medida final que conforma, en su caso, la opinión o la propuesta. Y es por esta razón que la jurisprudencia administrativa italiana considera que la impugnación de los actos finales del subprocedimiento es posible, pero no en forma autónoma, sólo en relación con la impugnación de la medida final.

Esta regla sufre, no obstante, algunas excepciones, pero relacionadas todas con la misma *ratio*: en el momento en que el acto intermedio (que concluye el subprocedimiento) tiene un efecto perjudicial directo e inmediato, podrá ser impugnado inmediatamente (ejemplo típico es el del llamado a concurso que excluye de la participación a ciertas categorías de personas).

Es diferente, en vez, la hipótesis de procedimientos paralelos.

En este caso se refiere, de hecho, a la situación –muy frecuente en el pasado, pero tiene una tendencia a reducirse hoy, gracias a la utilización del recurso de la así llamada “ventanilla única” en la que la realización de una determinada actividad está subordinada a la obtención de las diversas medidas administrativas. En este caso, no obstante, los procedimientos

individuales, al igual que las medidas que pretenden dictar, tienen la autonomía absoluta. Uno no es prodrómico al otro.

Otro problema, pero conectado con la noción de subprocedimiento, es el así llamado procedimiento compuesto. Se trata de la hipótesis en la que la actividad de la Administración pública nacional se entreteje, en varios niveles, con aquella de la Administración de la Unión Europea y crea la hipótesis de la llamada “administración entrelazada”. En este caso se crea, desde la perspectiva del derecho administrativo italiano, un vacío de tutela del particular sobre la base que, de acuerdo a la regla que establece el reparto de competencias entre los tribunales de la Unión Europea y los tribunales nacionales, el acto de un organismo nacional debe ser impugnado ante el órgano jurisdiccional nacional, mientras que el acto de un órgano de la Unión Europea debe ser impugnado en los tribunales de la Unión Europea. Esta regla estricta de división de competencias entre órganos jurisdiccionales tiene de hecho, como consecuencia, que éstas podrían ser impugnadas en los tribunales administrativos nacionales que –en el contexto de la administración entrelazada– pertenecen al segmento nacional del procedimiento compuesto. Incluso cuando se trate de actos que –como se ha dicho antes– van a ser clasificados como actos finales del subprocedimiento y, por lo tanto, considerados por nuestra jurisprudencia nacional como privados de autónoma relevancia externa y por tanto no susceptible de impugnación. Es la situación que ha surgido en la práctica en el famoso caso *Oleificio Borrelli*.¹²

El problema referido no se plantea, sin embargo, en la hipótesis en que la administración entrelazada da lugar a la intersección procedimental en los casos del procedimiento paralelo o coligado.

2. La etapa de apertura del procedimiento: obligación de proceder y deber de disponer

El poder de iniciativa administrativa se encuentra fijado por la ley, que especifica a qué sujetos le compete.

12. Corte de Justicia, sentencia del 3 de diciembre de 1992, en la causa C-97/91, *Oleificio Borelli*, en *Raccolta*, 2991, p. Los 6313 y ss.

Existen dos hipótesis diversas: la iniciativa de oficio (de la Administración) y la iniciativa de parte, cuando el poder de iniciativa se le atribuye a un sujeto particular. En este caso se habla de “solicitud, petición, instancia”. La terminología utilizada por el legislador italiano a este respecto es de lo más diversa y siempre está la ley para establecer la forma, modo y momento de la presentación. Frente a estos actos (típicos) de iniciativa la Administración tiene la obligación de dar curso al procedimiento.

Es diferente, en cambio, la situación cuando el particular actúa fuera de los esquemas de la iniciativa con tipo definido por el legislador y hace uso de actos de denuncia, exposiciones, informes u otros actos similares denominados de diferentes formas. Estos actos, aún cuando tienen la estructura de actos de iniciativa, no tienen sus efectos. Esto no quita que pueda a veces surgir, incluso en estos casos, un deber de la Administración de proceder de oficio en el caso de que un primer y breve reconocimiento “razones de justicia y de equidad imponen la adopción de una medida”.¹³

En términos más generales, de hecho, en los procedimientos de oficio existe en primer lugar un deber de proceder: consiste en la obligación de verificar los presupuestos que han llevado a hacer uso de sus propias facultades. Y es una vez comprobado que las condiciones existentes han llevado al ejercicio del poder, que se puede hablar del verdadero inicio del procedimiento y que dispara, después, el deber de disponer.

En cambio en el caso de los procedimientos de solicitud de parte, existe inmediatamente tanto el deber de proceder como el de disponer y la regla – salvo en los casos del así llamado silencio significativo– se debe disponer mediante la adopción de una medida explícita (art. 2, inc. 1, de la ley 241/90).

La violación de estos deberes es relevante tanto bajo el supuesto de la responsabilidad administrativa como, eventualmente, sobre el nivel de la responsabilidad civil y penal. Por último, ésta puede conducir a la activación – cuando sea necesario– del así llamado poder sustitutivo de otro órgano o del ente determinado por la ley. Las reformas más recientes destacan también los aspectos relacionados con ella, llamada responsabilidad de gestión (ver ley 69/2009 y el decreto legislativo 150/2009).

13. Así Consejo de Estado, sesión V, sentencia del 15 de marzo de 1991, N° 250, en Cons. Estado, 1991, p. 50.

3. La etapa instructoria y el responsable del procedimiento

El procedimiento instructorio consiste en el conjunto de actos, hechos y operaciones destinados a la adquisición de datos y del conocimiento necesario para poder dictar el acto final. La ley 241/90 establece algunas reglas generales en materia de procedimiento instructorio. La normativa especial también establece reglas más específicas, a veces muy detalladas.

Entre los principios que regulan la etapa instructoria, el primero –y más importante– es aquel de la obligatoriedad de la instrucción. Como, de hecho, los procedimientos individuales pueden variar en complejidad, una instrucción es siempre necesaria: incluso para los procedimientos más simples.

La figura clave en la etapa instructoria es el llamado responsable del procedimiento”: figura ya prevista en algunas reglas especiales, pero que es una de las principales novedades y más relevante de las introducidas por la ley 241/90.

Y el responsable del procedimiento es quien está obligado a llevar a cabo las investigaciones instructorias que sean requeridas por la ley. Del mismo modo, de conformidad con el principio de libertad de adquisición de datos, es el responsable del procedimiento quien tiene el poder para realizar todos los “actos necesarios” y adoptar “todas las medidas para la buena marcha y desempeño de la instrucción”.¹⁴ Trátase del llamado principio inquisitorio que corresponde a un requisito de pleno conocimiento. Esta exigencia de pleno conocimiento implica que, además de otros instrumentos obligatorios (porque lo requiere la ley), la Administración puede hacer uso de instrumentos instructorios facultativos. Con el único límite de la así llamada prohibición de agravación, expresamente establecido en el artículo 2 inciso 2 de la ley 241/90, que establece que “La Administración pública no puede agravar el procedimiento, excepto por razones extraordinarias y motivado en exigencias impuestas por el desarrollo de la investigación”.

Este límite no contradice el principio inquisitorio, sino que sirve como contrabalanceo para evitar que la instrucción se extienda más allá de

14. Así artículo 6 de la ley 241/90.

los límites de lo razonable, incluso teniendo en cuenta los principios de economía y eficiencia.

Volviendo a la figura central del responsable del procedimiento, la ley 241/90 prevé tres cosas a este respecto, a saber:

- a) que sea identificada, por ley, la entidad de organización: que es la oficina responsable (art. 4);
- b) que dentro de cada unidad organizativa sea identificado, por parte de la autoridad, el funcionario responsable a cargo del procedimiento: es decir la persona física responsable. Con la aclaración de que, hasta que tal sujeto no esté específicamente identificado, se considera responsable del procedimiento individual, el funcionario a cargo de la unidad organizativa (art. 5);
- c) que la unidad organizativa competente y el nombre del responsable del procedimiento sea notificado a las personas contra las cuales la medida final tenga por destino el producir efectos directos y los que por ley deben intervenir (art. 7, párr. 1).

Las funciones del responsable del procedimiento son múltiples.

En primer lugar, realiza una función esencial de dirección del procedimiento, en lo que se refiere a la organización y a la gestión del mismo y, en particular, de la etapa instructoria.¹⁵ En este sentido, tiene tanto las funciones instructorias verdaderas y propias como funciones de impulso del procedimiento.

15. Precisa, en efecto, el artículo 6 de la ley 241/90, dedicado específicamente a las tareas del responsable del procedimiento, que él: “a) evaluará, a los fines instructorios, las condiciones de admisibilidad, los requisitos de legitimación y los presupuestos que sean relevantes para el dictado de una medida; b) comprueba de oficio los hechos, disponiendo el cumplimiento de los actos necesarios, y adopta cualquier medida para el adecuado y buen desarrollo de la instrucción. En particular, puede solicitar la expedición de declaraciones y la rectificación de declaraciones o instancias erróneas o incompletas y puede agotar verificaciones técnicas e inspecciones y ordenar exhibición de documentos; c) propone la celebración o, después de haberlo la competencia, indica las conferencias de servicios.”

En segundo lugar, el responsable del procedimiento realiza una función importante como sujeto interlocutor de los sujetos comprendidos en el procedimiento. Por esta razón, incluso en la hipótesis de procedimientos complejos, el responsable es uno solo aunque esté dividido en subprocedimientos, en relación a lo externo; mientras que responsables de eventuales etapas y subprocedimientos son responsables únicamente ante la persona a cargo: que precisamente cumple el papel fundamental de único referente de la Administración para el ciudadano.

Por último, el responsable del procedimiento tiene importantes funciones decisorias.¹⁶

4. Continuación. Los principales instrumentos de la etapa instructoria

Entre los instrumentos de la etapa instructoria que la ley 241/90 menciona expresamente, en primer lugar, encontramos las evaluaciones técnicas.

La importancia que se le atribuye a las evaluaciones técnicas como instrumento de la instrucción procedimental está claramente indicado en la disposición del artículo 17 de la ley 241/90, en virtud del cual las evaluaciones técnicas obligatorias por la ley, necesariamente deben ser cumplidas.

Luego están las opiniones, que se expresan en el artículo 16, con la modificación de la ley 69/2009, que especifica que las opiniones obligatorias deben hacerse dentro de los veinte días de la recepción de la solicitud. Cuando se trate, en vez, de opiniones facultativas, debe ser inmediatamente comunicada a la Administración requirente en el plazo dentro del cual la opinión será realizada “que en cualquier caso, no puede exceder de veinte días desde la recepción de la solicitud”. El inciso 2 precisa luego que, para el caso de la opinión obligatoria que no ha sido comunicada dentro

16. Especifica, a este respecto, el artículo 6 letra e), como modificado por la ley 15/2005, que el responsable del procedimiento “adoptará, cuando se tenga la competencia, la medida final, o transmitirá los actos al órgano competente para la adopción”, y que “el órgano competente para la adopción de la medida final, cuando sea distinto del responsable del procedimiento, no puede apartarse por las conclusiones de la instrucción conducida por el responsable del procedimiento sino indicando la motivación en la medida final”.

del término y cuando el órgano requerido no haya tenido necesidad de exigencias instructorias, “*está en la facultad de la Administración requirente de proceder con independencia de la expresión de la opinión*”. Mientras que con respecto específico a las opiniones facultativas existe ahora una verdadera y propia obligación de la Administración requirente de proceder independientemente del contenido de la opinión.

El tercer apartado del inciso 2 además especifica que, salvo en la hipótesis de la omisión de solicitud de la opinión, “el responsable del procedimiento no puede ser llamado a responder por eventuales daños resultantes de la falta de expresión de opiniones que se refiere el presente apartado”.

Las disposiciones de los incisos 1 y 2 del artículo 16 no se aplican, sin embargo, en virtud del siguiente inciso 3, a las opiniones que deban ser expedidas por administraciones responsables de la tutela del medio ambiente, el paisajismo, territorial y de la salud de los ciudadanos.

En el caso que el órgano correspondiente haya representado las exigencias instructorias, los términos previstos para presentar la opinión sólo podrán interrumpirse por una sola vez y la opinión debe ser prestada definitivamente dentro de los quince días siguientes de la recepción de los temas examinados por parte de la Administración interesada.

Por último, el nuevo inciso 5 del artículo 16 establece que las opiniones sean transmitidas únicamente por vía informática.

De particular importancia reviste, a continuación, la así llamada inspección, a la que la ley 241/90 se refiere expresamente en el artículo 6 letra b) como instrumento de la instrucción. Trátase de las inspecciones con fines instructorios, que deben distinguirse de aquellas referidas a la supervisión. Consisten, es decir, en operaciones destinadas a adquirir directamente, a través de sujetos a cargo, noticias sobre hechos o cosas. En particular, su objetivo es asegurarse sobre la existencia de determinado comportamiento, sobre la exactitud de los datos que se conocen a través de la documentación.

Si el artículo 6 letra b) legitima, en líneas generales, las inspecciones como medio de la etapa instructoria, debe tenerse presente que esto resguarda la posibilidad de llevar a cabo inspecciones sobre bienes o sobre los sujetos cuando se trate de personas que hayan presentado en un procedimiento una solicitud de medida, en su propio interés. En forma diversa debe concluirse en lo que respecta a las inspecciones que afecten en la esfera jurídica de terceros. En este caso, la inspección debe ser autorizada

por una previsión normativa *ad hoc* y no tiene la cobertura del artículo 6 de la ley 241/90. Para ello debe referirse a la norma del artículo 14 inciso 2 de la Constitución italiana sobre la inviolabilidad del domicilio, según la cual “Nadie puede realizar inspecciones o registros o secuestros, si no en los casos y modos establecidos por la ley según la garantía prescrita para la tutela de la libertad personal.”

La inspección se concluye con un informe y puede consistir tanto en una mera constatación de los hechos como en una actuación de verificación crítica.

Entre los instrumentos de la instrucción, el artículo 6 letra b) menciona expresamente también la emisión de declaraciones, precisando que el responsable del procedimiento podrá solicitar la emisión de declaraciones y la rectificación de las declaraciones o instancias erróneas o incompletas.

Esta disposición introduce, conforme el modelo del § 25 de la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) la denominada obligación de asistencia administrativa.

Esta previsión viene a integrar los principios constitucionales de imparcialidad y de buen desempeño del artículo 97 de la Constitución y podría ser el punto de referencia para una extensión generalizada de ese deber de asistencia en la etapa del inicio del procedimiento, que se encuentra a veces expresamente prevista por las normas del sector (por ejemplo, en el ámbito de las declaraciones de aduana). Sin embargo, después de dos décadas del dictado de la ley 241/90, no se puede decir que sea aplicable: la disposición en cuestión no ha tenido ningún impacto efectivo y, por tanto, queda en un estadio de mera declaración de principios.

Más importante, sin embargo, fue el impacto de la disposición del artículo 18 de la ley 241/90, que está conectado con el tema más amplio de la autocertificación. También esta norma prevé un deber de colaboración administrativa sobrentendida, pero dentro de la óptica del ya mencionado principio inquisitorio –como un deber de adquisición de oficio de documentos.¹⁷

17. En efecto, está previsto, en el artículo 18, c. 2., que “los documentos que acrediten actos, hechos, calidad y estados subjetivos, necesarios para la instrucción del procedimiento, son adquiridos de oficio cuando están en posesión de la Administración procedente, o están detenidos, institucionalmente, por otras administraciones públicas. La Administración procedente podrá solicitar a los interesados los únicos elementos

Siempre en el contexto de los instrumentos de la etapa instructoria, finalmente se van a mencionar las disposiciones del artículo 14, que regula el establecimiento de la “Conferencia de Servicios” instructoria. Esta ha, de hecho, canonizado por nuestro ordenamiento legal aquel “*Amtshilfepflicht*”^{xx} (deber de colaboración entre oficinas), del que se ocupó ampliamente los § 4 a 8 de la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). El instrumento de la Conferencia de Servicios es utilizado ampliamente por nuestra Administración.

Sus previsiones fueron objeto de múltiples modificaciones, la última con la ley 122/2010.

En esencia, la conferencia de servicios instructoria consiste en una reunión de las personas físicas que representan a sus respectivas administraciones. Concluye con una determinación que sustituye la manifestación autónoma de los diversos intereses públicos comprometidos.

Otro de los aspectos del *Amtshilfepflicht* se define en 2009 (ley 69/2009), con miras a la valorización de los aspectos más exquisitamente participativos, ha añadido la posibilidad también a los particulares de participar en los trabajos de la conferencia de servicios instructoria, aunque sin derecho a voto (art. 14-ter, inc. 2-ter). De esta manera, la conferencia de servicios instructoria realiza una forma más amplia de participación de los potencialmente interesados en un procedimiento *in itinere*. Permite, de hecho, el ingreso participativo también de los interesados que no podrían tener acceso por el trámite de los instrumentos de participación previstos por el artículo 9 de la ley 241/90, que exige –como se verá– como requisito el potencial perjuicio.

Dentro de esta lógica se debe mencionar, entonces, como una categoría, incluso la conferencia de servicios instructoria en la instancia o proyecto preliminar previsto en el artículo 14 bis.

necesarios para la investigación de los documentos”. Y precisó, luego, al c. 3. que “son comprobados de oficio al responsable del procedimiento los hechos, en los estados y cualidades que la misma Administración procedente u otra Administración pública está obligada a certificar”.

5. Continuación. La etapa instructoria y la participación de los particulares en el procedimiento

La etapa preparatoria del procedimiento administrativo también juega una función esencial en la identificación de los diversos intereses que aparecen como relevantes a los fines del ejercicio de la función administrativa. En particular, además de los intereses públicos diversos a los intereses públicos primarios, también se identifican los intereses privados pertinentes para que puedan tenerse adecuadamente en cuenta al momento de dictar la medida definitiva.

Las funciones de la participación pueden ser diversas. En particular, la participación puede tener una función defensiva (en defensa de la propia posición jurídica), en lugar de una función de colaboración. A excepción de los cambios introducidos por la ley 69/2009 en el contexto de la conferencia de servicios –que se acaba de mencionar– es evidente, sin embargo, como sólo la primera forma de participación ha encontrado el reconocimiento explícito en la ley 241/90, que ha previsto la participación sólo en favor de aquellos sujetos que puedan verse afectados por los efectos de la medida. Por supuesto eso no significa que el sujeto que interviene en función defensiva también puede proporcionar colaboración. Pero esta forma de participación no se corresponde, si no de modo imperfecto, con la idea del debido procedimiento que había sido adelantado por la mejor doctrina y de la que la ley 241/90 parecía ser el punto natural de encuentro.

Si bien es cierto que las normas de la ley 241/90 sobre participación han contribuido a producir un cambio cultural en Italia, favoreciendo una atenuación de la unilateralidad del poder administrativo, todavía, una práctica aplicada en el pasado más que veinte años –y que ha encontrada adecuada cobertura en la práctica jurisprudencial– ha puesto el acento sobre todo en el resultado del accionar de la Administración, a expensas de la participación y de sus instrumentos de aplicación.

Esta práctica también ha recibido recientemente un reconocimiento formal por parte de nuestro legislador que, con la ley 15/2005, ha introducido en la ley 241/90 el artículo 21 *octies*, cuyo resultado concreto fue relativizar la importancia de los así llamados vicios del procedimiento.

La previsión reproduce la norma del § 46 de la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo, que propone, todavía, una versión combi-

nada entre esa primera previsión alemana y la modificación operada con la *Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz (GenBeschG)* de 1996.¹⁸

En consecuencia, de conformidad con las disposiciones de la ley 241/90, en la óptica de la participación en el procedimiento, el primer requisito que se debe cumplir es informar al particular interesado del hecho que se ha iniciado un procedimiento que lo puede afectar (es decir, la comunicación del inicio del procedimiento - artículos 7 y 8). Esta información es de hecho fundamental para el ejercicio de los derechos de participación, que consisten en el derecho:

“a) de tomar vista de los actos del procedimiento, salvo lo dispuesto en el artículo 24;

b) de presentar escritos y documentos que la Administración tiene la obligación de evaluar en cuanto sean relevantes para el objeto del procedimiento” (art. 10 ley 241/90).

La previsión de la letra a) se refiere al así llamado acceso al procedimiento interno, que es una especie del más amplio derecho de acceso previsto en el artículo 22 y siguientes de la ley 241/90. Por lo tanto, también se aplica a todos los instrumentos de tutela previstos en el artículo 25 de la ley 241/90.

El objeto del acceso al procedimiento interno se refiere a todos los actos de la instrucción.

La letra b) hace, a su vez, referencia a los modos de representación de los intereses del sujeto a través del medio de actos escritos: memoriales y documentos. No ha sido aceptada por la ley 241/90 la idea de la instrucción oral. Esta modalidad participativa fue confirmada también por las normas específicas del sector, además de la primera.

También en la letra b) del artículo 10 de la ley 241/90 se ha establecido, por último, la obligación de la Administración de evaluar los memoriales y documentos presentados que sean pertinentes al objeto del procedimiento. Esta evaluación se refiere, en primer lugar, a la pertinencia: la

18. GALETTA, Diana-Urania, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Giuffrè, Milán, 2003.

importancia de los memoriales y documentos presentados en relación con los hechos y los intereses en juego que se relacionan con las medidas. En segundo lugar, la Administración debe evaluar la contribución concreta de cuanto se expresa. Esto no implica la obligación de refutar cada uno de los contenidos de los escritos y documentos presentados. Es sólo suficiente que de la motivación de la medida se puedan deducir las razones de la no aceptación de lo que ha sido propuesto por los que han participado en el procedimiento con documentos y memoriales.

El artículo 9 de la ley 241/90 permite la intervención participativa también de los sujetos titulares de intereses públicos y privados, así como de los titulares de los intereses difusos constituidos en asociaciones o comités, que pueden ser afectados por esta medida.

Los términos utilizados por esta norma son muy genéricos: habla de sujetos sobre los cuales pueda derivar un perjuicio y no se requiere que el perjuicio sea directo y actual. Porque no existe coincidencia entre el derecho a participar en el procedimiento y el interés de presentar un recurso jurisdiccional (interés a recurrir). Así que la admisión a intervenir en el procedimiento dispuesto por la Administración pública no puede, de ninguna manera, vincular al juez respecto de la decisión de los sujetos que reconocen la legitimidad para recurrir.

Algunas normas del sector también han declarado explícitamente que la participación en la instrucción de los sujetos mencionados aquí sólo es posible cuando pueda derivar un perjuicio inmediato, directo y actual. Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos en materia de antitrust.

En cuanto a los requisitos que los titulares de intereses mencionados en el artículo 9 deben poseer, es necesaria una verificación por parte de la Administración de los estatutos de la asociación y también de un estudio de la actividad que ella efectivamente lleva a cabo para la tutela de los intereses que expresan sus titulares. Esto se debe a que la perspectiva es garantizar la conveniencia de la contribución que la asociación puede desempeñar en relación con el ejercicio del poder administrativo y excluir la participación de las llamadas asociaciones de conveniencia.

Siempre dentro de la óptica de la participación, es importante mencionar el instituto de la comunicación de los motivos de aceptación de la

instancia, en el artículo 10 bis,¹⁹ que se introdujo en la ley 241/90 por la ley 15/2005.

La comunicación de los motivos de aceptación de la instancia tiene la naturaleza de un acto de procedimiento interno y, por tanto, no es susceptible de impugnación. La comunicación en cuestión, tal como se especifica en el inciso 2 del artículo 10 bis, interrumpe el término para la conclusión del procedimiento que se inicia nuevamente o la fecha de presentación de las observaciones o, en su defecto, la fecha de expiración del plazo de diez días fijado para presentar las observaciones.

La *ratio* de la norma aparece clara y consiste en garantizar en una ulterior etapa del contradictorio escrito con la Administración que precede. Este contradictorio se añade, todavía, a una etapa en la que el procedimiento instructorio ya está concluido y cuando el procedimiento da comienzo, por lo tanto, a la etapa decisoria. Por lo tanto, se trata de un contradictorio en función más defensiva que colaborativa. Esto implica que, respecto a la carga de motivación que le corresponde a la Administración en la hipótesis de participación en el procedimiento previsto en el ex artículo 10 de la ley 241/90/40 que la Administración tiene la obligación de motivar en forma más puntual la eventual decisión de no modificar su decisión de rechazo.

Siempre en el tema de participación debe ser por último señalado que, como está expresamente previsto por el artículo 13 la ley 241/90, las normas de participación no se aplican en relación con la actividad de la Administración pública dirigida al dictado de los actos normativos, administrativos generales, de planificación y programación, que se mantendrá firme para las normas especiales que regulan la formación. Lo mismo también se aplica en el sentido del inciso 2, para los procedimientos fiscales para los que están también vigentes las normas especiales que los rigen.

La principal crítica formulada por la doctrina con respecto a esta previsión es que, en efecto, las normas especiales podrían no contener algunos elementos de participación en el procedimiento que la ley 241/90

19. Artículo 10-bis: “En los procedimientos a instancia de parte el responsable del procedimiento o la autoridad competente, antes de la formal adopción de una medida negativa, comunicará oportunamente a los interesados los motivos que impedirán la aceptación de la solicitud”.

identifica, en vez, como importante: y por esta razón que sería útil e importante tener una aplicación (por vía subsidiaria) de las disposiciones del capítulo III de la ley 241/90 también a los procedimientos mencionados en el artículo 13.

6. La etapa decisoria y el plazo para concluir el procedimiento

La etapa decisoria es la etapa en la que, sobre la base del material adquirido durante la etapa instructoria, la Administración elabora y dicta el acto final.

La etapa decisoria puede consistir en el dictado de un acto que es la exteriorización de la voluntad de un solo sujeto y por lo tanto tiene la naturaleza de un acto monoestructurado o puede ser el producto de la manifestación de la voluntad de varios sujetos y, por lo tanto, tener la naturaleza plurilateral. También puede ser el resultado de la así llamada “conferencia de servicios decisoria” (artículo 14 y siguientes de la ley 241/90).

Conforme a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 2 de la ley 241/90, sea que el procedimiento persiga obligatoriamente una instancia, sea que deba ser iniciado de oficio, la Administración pública tiene el deber de concluirlo mediante el dictado de una medida expresa. La norma representa una especificación de aquel principio de la obligatoriedad del accionar administrativo que implica la existencia de un deber, no sólo para ejercer la función administrativa (obligación de proceder), sino también de conducirla a un resultado en términos del dictado de una medida final expresa (deber de disponer con medida expresa), excepción hecha para los casos previstos normativamente para el silencio significativo.

Esta medida –de conformidad con el artículo 2 inciso 1– también debe ser dictada en un plazo determinado, identificada de acuerdo con las normas previstas en los párrafos siguientes del artículo 2.²⁰

La regla general establecida en el artículo 2 es que, en ausencia de una normativa que establezca un plazo distinto, los procedimientos de compe-

20. Sobre los cuales intervino, por último, la ley 69/2009, que las ha enteramente sustituido, superponiéndose a las modificaciones ya operadas por la ley 80/2005.

tencia de la Administración estatal y de los entes públicos nacionales deben ser concluidos dentro del término de treinta días. Estas normas en cuestión podrán, por otra parte, establecer un plazo “no superior a noventa días”. A menos que los plazos superiores sean indispensables “teniendo en cuenta la sustentabilidad de los plazos bajo el punto de vista de la organización administrativa, de la naturaleza del interés público tutelado y la particular complejidad del procedimiento” (así art. 2, inc. 3 y 4). En este último caso, sin embargo, el dictado de los reglamentos está sujeto a un procedimiento agravado: que se dicte, es decir, a propuesta incluso de los Ministros de la Administración Pública y de la innovación y simplificación normativa y previa deliberación del Consejo de Ministros. Y los términos previstos, sin embargo, no pueden exceder de ciento ochenta días, con la sola excepción de los procedimientos relativos a obtención de la nacionalidad italiana y de los relativos a la inmigración (artículo 2, inc. 4).

En cuanto al transcurso del plazo, muy apropiadamente el nuevo inciso 6 del artículo 2 especifica los plazos transcurridos desde el inicio del procedimiento de oficio, o la recepción de la solicitud si el procedimiento es a iniciativa de parte.

Excepto para el caso específico de las valoraciones técnicas del artículo 17 de la ley 241/90, una suspensión de plazos es posible sólo una vez y por un período no superior a treinta días “para la obtención de información o certificaciones relativas a hechos, situaciones o calidad no acreditados en los documentos que ya están en posesión misma de la Administración o no directamente a disposición de otras administraciones públicas” (como el art. 2, inc. 7).

En cuanto a las consecuencias derivadas del incumplimiento del plazo establecido, la jurisprudencia declaró que la Administración, después de la expiración del término, no puede más dictar el acto. Salvo, en efecto, la hipótesis en que tanto la propia ley prevé el agotamiento de la facultad (por ejemplo, en el contexto del procedimiento de expropiación por utilidad pública), en general, aquí vale que el principio de agotamiento de la facultad de su ejercicio, aun cuando el procedimiento se inicia a petición de parte, es dirigido siempre a la tutela de un interés público. No obstante, desde la inacción y la crónica demora del accionar de la Administración, se encuentran entre las formas más graves de mala Administración. Ya la ley 80/2005 había innovado en este punto, previendo la posibilidad de pro-

poner inmediatamente un recurso contra el así llamado incumplimiento por silencio (no es necesario, es decir, la previa intimación a la Administración), dentro de un año después de la fecha límite para la conclusión del procedimiento. La ley 69/2009 ha añadido también un inciso 9 al artículo 2 y un artículo 2-bis. En virtud del inciso 9 “*La falta de dictado de la medida dentro del plazo es un elemento de valoración de la responsabilidad de gestión*”. Y en virtud del artículo 2 bis, la falta respecto del plazo está relacionada con la obligación de compensar “*el daño injusto causado como consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del plazo de conclusión del procedimiento* (así llamado daño por el retardo).

La competencia para decidir sobre el resarcimiento del daño es atribuida, por el artículo 2, a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo y se ha previsto un plazo de prescripción de cinco años.

Las previsiones del artículo 2 sobre el plazo –como ya se dijo– son normas que afectan al nivel esencial de las prestaciones en virtud del artículo 117, inciso 2, letra m) de la Constitución y por lo tanto son inderogables *in peius* por parte de la Administración y de los entes públicos no estatales. Mientras que las consecuencias de demora de la Administración en la conclusión del procedimiento se aplican, de conformidad con el artículo 29, inciso 1, incluso a las administraciones y entes públicos no estatales.²¹

7. La etapa integrativa de la eficacia

Una vez dictada la medida final, aunque cuando resulte completa la fecha y la suscripción, no siempre ella despliega inmediatamente su eficacia. La producción de los efectos puede estar condicionada al transcurso de un cierto período de tiempo (plazo) o al cumplimiento de determinados actos y/o cometidos (condición). Estos eventos se enmarcan en la así llamada etapa de integración de la eficacia, que es una etapa solo eventual

21. Por lo que respecta, en cambio, las llamadas autoridades garantes el inc. 5 del artículo 2 especifica expresamente que, sin perjuicio de lo previsto por específicas disposiciones normativas, éstas “regulan, en conformidad con los propios ordenamientos, los términos de conclusión de los procedimientos de respectiva competencia”.

del procedimiento administrativo, necesaria todas las veces que existan disposiciones legales que la estipulen.

Las condiciones de eficacia más comunes son el control y la comunicación.

En cuanto a los actos de control, los controles de mérito han desaparecido prácticamente del ordenamiento italiano con la ley de reforma del Título V de la Constitución (ley const. 3/2001). Quedan, en vez, los controles preventivos de legalidad de los actos de la Administración estatal, que son esencialmente controles de regularidad administrativa y contable, relacionados con la necesidad de hacer un examen preventivo sobre el uso adecuado de los fondos públicos.

Los controles efectuados por el Tribunal de Cuentas encuentran cobertura constitucional en el artículo 100 inciso 2 de la Constitución, que establece: *“El Tribunal de Cuentas ejercerá el control previo de legitimidad sobre los actos del Gobierno.*

La legislación especial establece, entonces, controles (de legalidad y, a veces también, de mérito) sobre los actos de los entes públicos no territoriales.

Por último, cabe señalar que, por principio general, los efectos de la medida sometida a control son retroactivos al momento de su dictado.

Además de los controles preventivos descritos, entonces, en la etapa integrativa de la eficacia todos aquellos actos que resulten encaminados a dar a conocer la existencia de la medida. El dictado de estos actos es de competencia del responsable del procedimiento.

A tenor del artículo 21 bis –introducido en la ley 241/90 por la ley 15/2005– las medidas limitativas de la esfera jurídica de los particulares son, ahora, todas recepticias. Con sólo dos excepciones: las medidas limitativas de la esfera jurídica de los particulares que no tienen naturaleza sancionadora, que pueden “contener una cláusula motivada de inmediata eficacia”; las medidas limitativas de la esfera jurídica de los particulares que tienen carácter cautelar y urgente, que “son inmediatamente eficaces”.

Cuando la comunicación individual es demasiado onerosa por el gran número de destinatarios, puede ser sustituida por otras formas de publicidad. Se trata de la así llamada publicación (en papel, mediante la publicación en espacios apropiados, etc.).

Al igual que lo que ocurre como resultado de la comunicación individual, una vez efectuada la publicación, el conocimiento del acto por parte de su destinatario se presume y la medida adquiere, por tanto, eficacia.

Por otro lado, no obstante, por los efectos de la medida sujeta a control, los efectos de la medida recepticia no son retroactivos al tiempo de su dictado, pero opera sólo cuando se perfecciona en la comunicación.

Para algunas medidas, las normas establecen que esas no se tornarán eficaces hasta que no intervenga un acto de aceptación de parte del beneficiario. Se trata, naturalmente, de medidas favorables ya conexas con el cumplimiento de particulares obligaciones: típico es el caso del nombramiento en planta como empleado público y, más en general, del otorgamiento de la titularidad de los órganos o funciones públicas.

El acto de aceptación se expresa, por lo general en un determinado comportamiento (como la toma de servicio del empleado público), la “registración” de una condecoración, o el “retiro” del permiso de construcción otorgado).

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LOS ACTOS EN LA LEY 241/90

1. El derecho de acceso y el principio de transparencia entre el derecho nacional y el derecho de la Unión Europea

La ley 241/90 rige, en línea general, este derecho de acceso a los documentos administrativos que ya estaban previstos por varias leyes de este sector. Sucesivamente, la ley 15/2005 reescribió casi todo el capítulo V de la ley 241/90, relativa al acceso a los documentos administrativos.

Con base constitucional de este derecho, la doctrina italiana ha identificado en el artículo 21 de la Constitución, el derecho a la información señalando, sin embargo, cómo este derecho representa una proyección también de las previsiones de los artículos 97 y 98 de la Constitución

Después del dictado de la ley 241/90 era afirmación común en doctrina que, con la disposición relativa al derecho de acceso del artículo 22 de la ley 241/90, el principio del secreto de la actividad administrativa se

volcó a favor del principio opuesto de transparencia. Sin embargo, aunque el principio de transparencia se ha incluido entre los principios del procedimiento administrativo que se mencionan en el artículo 1 de la ley 241/90, en realidad el derecho de acceso, así como ya resulta actualmente normado por la ley 241/90, no representa una aplicación de este principio. Como se desprende de la redacción del artículo 22 de la ley 241/90, así como definición de la ley 15/2005, su ejercicio está relacionado con la existencia de un interés cualificado (*“interés directo, concreto y actual correspondiente a una situación jurídicamente tutelada y relacionada con el documento al que se solicita el acceso”*).

A diferencia del legislador nacional, el legislador de la Unión Europea no ha expulsado la transparencia del derecho de acceso. Uno de los principios básicos que rigen el derecho de acceso que figura en el reglamento comunitario N° 1049/2001/CE sobre el acceso del público a los documentos de las instituciones es, de hecho, la ausencia de cualquier obligación de justificar su propia solicitud de acceso. Así, en el derecho europeo el acceso tiene la naturaleza de verdadero y propio derecho del ciudadano.²²

En términos más generales, en el marco del derecho de la Unión Europea ha reconocido la existencia de un vínculo fundamental entre la transparencia, la buena Administración y el derecho de acceso a los actos y la existencia de este vínculo claramente emerge en numerosos discursos que el primer Defensor del Pueblo Europeo, Jacob Söderman, ha dedicado específicamente a esta temática.²³

Estos conceptos regresaron también con el Tratado de Roma, recientemente modificado por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Establece, en los hechos, el artículo 15 TFUE: *“A los fines de promover el buen gobierno y garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con la mayor transparencia posible.”* En este sentido surge, por tanto, una clara divergencia entre el enfoque elegido por el legislador nacional

22. Tribunal de Primera Instancia, 17-6-1998, en causa T-174/95, Svenska Journalistförbundet *c/* Consejo, en *Raccolta*, 1998, p. II-2289 y ss.

23. GALETTA, Diana-Urania *Trasparenza e Governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006/2, p. 265 y ss.

italiano y la conducta elegida por el legislador de la Unión Europea. El único elemento que realmente refleja el principio de transparencia, que se va a encontrar en el contexto de la ley 241/90, se refiere, de hecho, no ya al derecho de acceso a los actos de la Administración, sino al deber mucho más limitado de publicar “según la modalidad prevista por los particulares ordenamientos, las directivas, los programas, las instrucciones, las circulares y cada acto que dispone en general sobre la organización, sobre funciones, sobre objetivos, sobre procedimientos de una Administración pública en la que se determina la interpretación de las normas jurídicas o si se dictan disposiciones para su aplicación” (artículo 26, inc. 1).

También es cierto que las normas de la ley 241/90 sobre el derecho de acceso no se oponen a la posibilidad de prever, en la legislación especial para el sector, un derecho más amplio de acceso. Es así, por ejemplo, para el caso del decreto legislativo 195/2005 sobre ambiente, que torna disponible la información ambiental a disposición de quien lo solicite, sin necesidad de declarar o calificar su interés propio. No es casualidad que el decreto en cuestión representa la legislación nacional de recepción de la directiva 2003/4/CE.

2. El contenido y la modalidad para el ejercicio del derecho de acceso en la ley 241/90

A tenor del artículo 22 inciso 1, letra a) de la ley 241/90 se entiende por derecho de acceso *el derecho de los interesados de tomar vista y obtener copias de documentos administrativos*”.

En el marco del decreto presidencial del 12 de abril de 2006, N° 184 (Nuevo Reglamento sobre el acceso), el acceso puede ser a la vez informal (a través de solicitud verbal - art. 5 reg. de acceso), a la vez formal (art. 6 registro de acceso.).

En ambos casos, la petición de acceso debe ser no solo motivada (art. 25, inc. 2 de la ley 241/90), sino adecuadamente motivada: para demostrar que ese interés calificado para cuya existencia el derecho de acceso se encuentra necesariamente vinculado. Tanto más que el inciso 3 del artículo 24 dispone de forma explícita, que no son admisibles “instancias de acceso destinadas a un control generalizado de las acciones de la Administración pública”.

El acto de aceptación de una solicitud de acceso formal es una verdadera y propia medida administrativa, con todos los efectos.

Siempre en el sentido del artículo 7 del reglamento sobre el acceso al examen de los documentos debe ser realizado en la oficina indicada en el acto de concesión de la solicitud, en horario de oficina, en presencia, si es necesario, del personal empleado. Los documentos no pueden ser retirados ni alterados de cualquier modo. El interesado, además puede solicitar copias de los documentos, previo pago de los costos de la reproducción (art. 25, inc. 1 de la ley 241/90), puede tomar notas y transcribir la totalidad o parte de los documentos puestos a la vista.

En el sentido de las previsiones del artículo 22, letra d), como definición de la ley 15/2005, se entiende por documento administrativo “cualquier representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética o de cualquier otra especie del contenido de actos, ya sean internos o no relacionados con un procedimiento específico, en poder de una Administración pública y concerniente a la actividad de público interés, independientemente de la naturaleza publicista o privatista de la disciplina sustancial”.

La previsión llamada, además de confirmar que el acceso se ejerce incluso en los procedimientos en curso, y por tanto de actos internos, ahora se aclara que también puede incluir actos que no se refieren a un procedimiento específico. De esta manera, se confirma cómo el área del derecho de acceso es más amplia respecto de aquella. El acceso también puede referirse a un procedimiento en marcha (civil, penal o administrativo) o a un futuro procedimiento.

En cuanto al ámbito de aplicación del derecho de acceso, el artículo 23 de la ley 241/90 establece que se aplica en relación con las administraciones, de las haciendas autónomas y especiales, de los entes públicos y proveedores de servicios públicos. Y, en relación a la autoridad de garantía y de supervisión, ello se ejerce dentro de sus respectivos ordenamientos.

A este respecto, debe precisarse por otra parte que, mientras con relación a la Administración pública el acceso se ejercita con respecto a todos los actos, incluidos los de derecho privado,²⁴ en lo que se refiere a

24. Así Cons. Estado, a. plen., 22 de abril de 1999, N° 4, En *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 946 y ss.

sujetos privados, su actividad es accesible sólo en la medida en que esté sujeto al derecho público. Por lo tanto, sólo con referencia a la parte de su actividad que tiene naturaleza de actividad de interés público y a toda la actividad que eventualmente se instrumente.²⁵

Las mismas consideraciones se aplican con respecto a las entidades públicas económicas.

3. Los límites al derecho de acceso y la tutela de la privacidad

El artículo 24 de la ley 241/90 contiene una lista de documentos para los que se excluye el derecho de acceso²⁶ y también proporciona (inc. 6) que el Gobierno podrá prever, mediante reglamentación, ulteriores casos de excepción al acceso de documentos administrativos, a fin de tutelar uno de los intereses allí enumerados (seguridad y defensa nacional, relaciones internacionales, la política monetaria y de divisas, tutela del orden público, documentos que se refieren a la intimidad o la confidencialidad de terceros, etcétera).

La denegación al acceso representa, sin embargo, sólo la última *ratio*. Específica, en efecto, expresamente en el inciso 4 del artículo 24: “*El acceso a los documentos administrativos no se puede negar, cuando sea suficiente recurrir al poder de aplazamiento*”.

En materia de accesibilidad a los documentos la cuestión más delicada, sin duda, se refiere a la relación entre el derecho de acceso y la tutela de

25. En este sentido la jurisprudencia ha considerado accesibles, por ejemplo, los actos inherentes a contratación del personal de Ente Poste s.p.a.: en cuanto instrumentales respecto a la actividad de gestión del servicio de interés público. Así Cons. Estado, ses. VI, 5 marzo 2002, N° 1303. En <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

26. En particular: “a) para los documentos amparados por el secreto de Estado..., b) en los procedimientos tributarios, para los cuales siguen firmes las normas específicas que los rigen; c) con respecto a la actividad de la Administración pública directa al dictado de actos normativos, administrativos generales, de planificación y de programación, para los cuales siguen firmes las normas específicas que regulen la formación; d) en los procesos selectivos, respecto de la confrontación de los documentos administrativos que contienen información de carácter psicológica-aptitud relativos a terceros”.

la privacidad. Esto ya es claramente visible en la redacción del nuevo inciso 7 del artículo 24 que, por un lado (apartado 1) especifica: “*debe de todos modos estar garantizado a los solicitantes el acceso a los documentos administrativos, cuyo conocimiento es necesario para proteger o defender sus propios intereses jurídicos*”, por otro lado (apartado 2) se establece: “*En el caso de los documentos que contengan datos sensibles y judiciales, el acceso es permitido en la medida en que sea estrictamente indispensable y en los términos del artículo 60 del decreto legislativo del 30 de junio de 2003, N° 196, en el caso de datos idóneos para divulgación del estado de la salud y la vida sexual*”.

En la cuestión del equilibrio entre el acceso y la privacidad la jurisprudencia aparece oscilante. Se trata, en efecto, de realizar una evaluación comparativa muy dificultosa y delicada que requiere “*una cuidadosa evaluación, caso por caso, de las situaciones jurídicas que se tomen en cuenta*”.²⁷ En este sentido, la solución parece residir más bien en las “*limitaciones*” de acceso enumeradas en el artículo 25 inciso 3 (junto a los casos de rechazo y aplazamiento). Limitación que –como dice la jurisprudencia– pueden consistir en la utilización, “*si es necesario*”, de “*la fórmula omissis*”²⁸ en materia de información que cae bajo el paraguas de la protección del derecho a la privacidad.

V. LA LEY ITALIANA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, ENTRE LAS PARTICULARIDADES NACIONALES Y LA INFLUENCIA EXTRANJERA: REFLEXIONES FINALES

Las conclusiones no pueden consistir más que en un intento de dibujar un balance global de la Ley Italiana sobre Procedimiento Administrativo de 1990, que tenga en cuenta tanto la experiencia de veinte años de su aplicación en la práctica como los cambios en las distintas instituciones después del 2005.

27. Así Cons. Estado, Ses. V, 28 de septiembre de 2007, N° 4999. En <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

28. Cons. Estado, Ses. V, 28 de septiembre de 2007, cit.

En este sentido, es importante primero destacar el papel desempeñado por las influencias extranjeras: tanto de forma directa, a través de la importación de las instituciones de otros ordenamientos, ya indirectamente a través de la labor de difusión de particulares institutos realizados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo de la Unión Europea.

En su primer aspecto (la de la influencia extranjera directa), es evidente que el modelo principal de referencia sigue siendo la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), que fue tomada como un parámetro no sólo (como se ha dicho) en el momento en que la ley 241/90 fue elaborada. Pero incluso posteriormente y, en particular, en 2005, cuando se tomaron medidas para la importante (y criticada) reforma de la ley 241/90, que ha llevado a la instalación del artículo 21-*octies* sobre la relevancia de los vicios de forma y de procedimiento.²⁹

En cambio, las influencias indirectas de institutos procedentes de otros Estados de la Unión Europea, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Unión Europea, es particularmente evidente en lo que respecta, más que a los institutos individuales, a los principios generales del procedimiento administrativo. Un ejemplo clarísimo en tal sentido está representado por el principio de proporcionalidad, que ya se ha convertido en un principio general también del derecho administrativo italiano.³⁰ Pero éste era prácticamente desconocido en nuestro ordenamiento hasta finales de los años noventa y se le hizo entrada sólo gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Unión Europea³¹

El balance total que se puede extraer de estos primeros veinte años de aplicación de la ley 241/90 sobre el procedimiento administrativo es, en general, un balance positivo. Esto plantea dudas sobre cuál es, en todo caso, el impacto de las modificaciones introducidas a partir de 2005, que

29. Véase GALETTA, Diana-Urania, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, cit.

30. Cfr. Sobre esto último en GALETTA, Diana-Urania, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, (con il coordinamento di D.U. Galetta e M. Gigante), Collana "Le Fonti del Diritto Italiano", Giuffrè, Milano, 2010, p. 110 y ss.

31. Véase GALETTA, Diana-Urania, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998.

se han mencionado. Estas modificaciones se basan en los hechos esenciales, en la idea de simplificar el procedimiento administrativo, en vista de la rapidez del accionar de la Administración y la preservación de “resultado” del procedimiento (es decir, de la medida). En esta perspectiva, introducida por primera vez para simplificar o fortalecer los institutos (como la “denuncia de inicio de la actividad” –DIA, convertida ahora en “información certificada del inicio de la actividad” –SCIA³² y, por ejemplo, en el silencio consentido—Ex artículo 19 y 20 de la ley 241/90); por otro lado, se han debilitado las garantías procedimentales del particular, especialmente por el trámite del artículo 21-*octies*. Esta norma tiene en los hechos el efecto de tornar irrelevante las previsiones sobre la comunicación de inicio del procedimiento, sobre la participación del privado en el procedimiento, en la obligación de motivación de la medida final..., a los fines de la anulabilidad de la medida final. A este respecto la evolución es genuinamente nacional: y también si en el plano normativo ella encuentra paralelos tanto en los ordenamientos de otros Estados de la Unión Europea (como por ejemplo el alemán), como en el mismo ordenamiento de la Unión Europea (véase en particular, la directiva *Bolkenstein*),³³ en la práctica jurisprudencial nacional ha conducido hasta ahora a resultados francamente no compatibles.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENA, Gregorio, voce *Trasparenza*, *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1995.
- ARENA, Gregorio, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti*, G. Arena (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 15 y ss.

32. Véase *supra*, nota N° 11.

33. Directiva 2006/123/CE, en Diario, 27-12-2006, L. 376, p. 36 y ss.

- CARANTA, Roberto, *Procedimento amministrativo in diritto comparato, Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI, Utet, Torino, 1996, p. 604 y ss.
- CARDI, Enzo, *Procedimento amministrativo, Enc. Giuridica Treccani*, 1991;
- CAMMEO, Federico, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, La Litotipo, Padova, 1914, p. 1083 e vol. III, La Litotipo, Padova, 1914.
- CASSETTA, Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, XII ediz., 2010.
- CASSESE, Sabino, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata, Foro italiano.*, 1993, V, c. 27 y ss.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo, (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Jovene, Napoli, 2007.
- CORSO, Guido; TERESI Francesco, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli, Rimini, 1991.
- CRISAFULLI, Vincenzo, *Principio di legalità e giusto procedimento, Giurisprudenza costituzionale*, 1962, p. 130 y ss.
- FORTI, Ugo “Atto” e “procedimento” amministrativo, *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, vol. I, Cedam, Padova, 1931, p. 453 y ss.
- FRANCHINI, Claudio, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Cedam, Padova, 2° ediz., 1993.
- GALETTA, Diana-Urania, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998.
- GALETTA, Diana-Urania, *Materiali per un corso di diritto amministrativo europeo. Argomenti scelti*, Giappichelli, Torino, 2008.
- GALETTA, Diana-Urania, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo. Traduzione con testo a fronte e commento introduttivo*, Giuffrè, Milano, 2002.
- GALETTA, Diana-Urania,, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Giuffrè, Milano, 2003.
- GALETTA, Diana-Urania, *L’art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un’interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*,

- AA.VV. (a cura di M. A. SANDULLI), *Riforma della L. 241/90/1990 e processo amministrativo*, *Quaderni de Il Foro amministrativo - TAR*, quaderno n° 2 (reperibile anche come supplemento al fascicolo 5-6/2005), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 89-110 (e *Giustizia amministrativa* -www.giustamm.it - 2006/9).
- GALETTA, Diana-Urania, *Trasparenza e Governance amministrativa nel diritto europeo*, M. P.Chiti/G. Palma (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa. Atti del convegno di Napoli 3 febbraio 2006*, Jovene, Napoli, 2006, e *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006/2, p. 265 y ss.
- GALETTA, Diana-Urania, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, *Diritto Amministrativo*, 2008/4, pp. 757-789.
- GALETTA, Diana-Urania, *Il principio di proporzionalità*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, (con il coordinamento di D. U. Galetta e M. Gigante), Collana "Le Fonti del Diritto Italiano", Giuffrè, Milano, 2010, p. 110 y ss.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 259 y ss.; *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, III ed., 1993, p. 529 y ss.
- GHETTI, Giorgio *Annulamento dell'atto amministrativo*, *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, p. 263 y ss.
- MORBIDELLI, Giuseppe, *Il procedimento amministrativo*, L. Mazzarolli, G. Pericu e.a. (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I - p.te generale, Monduzzi, Bologna, IV ediz., 2005;
- ROSSI, Giampaolo, *Diritto amministrativo*. Vol. 1, I Principi, Giuffrè, Milano, 2005.
- NIGRO, Mario, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegnodì legge)*, *Diritto processuale amministrativo*, 1989, p. 5 y ss.
- SANDULLI, Aldo Mazzini, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1959. SANDULLI, Aldo Mazzini, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, p. 642 y ss.
- S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1035 ss.

- SORACE, Domenico *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 4° ediz., 2007.
- VILLATA, Riccardo; SALA, Giuseppe *Procedimento amministrativo, Dig. disc. pubbl.*, 1996.
- VIRGA, Giovanni, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- ZITO, Alberto *Il procedimento amministrativo*, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 215 y ss.

II.

Análisis comparado del procedimiento administrativo latinoamericano



El procedimiento administrativo en la argentina

Por Julio C. Durand*

I. PRECISIONES INICIALES

El propósito de este trabajo es describir el régimen del procedimiento administrativo en la Argentina, por medio del análisis de sus características más importantes, con referencia a las previsiones correspondientes de la Ley alemana de procedimiento administrativo de 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, o VwVfG).

Sin embargo, para circunscribir adecuadamente el objeto de este trabajo es necesario realizar algunas precisiones iniciales.

La forma federal bajo la cual se ha organizado el Estado argentino a partir de su Constitución de 1853/60 determina la existencia de tres órdenes o poderes jurisdiccionales: el nacional, el provincial, y el municipal.¹ A estos se agrega, desde 1994, el que corresponde a la Ciudad Autónoma

* Abogado (UBA). Ha sido Profesor Auxiliar de Derecho Administrativo (Universidad de Buenos Aires), Profesor Adjunto de Derecho Administrativo (Universidad Católica Argentina) y Profesor Invitado del Master en Derecho Administrativo y Profesor de la Especialización en Derecho de la Regulación de Servicios Públicos (Universidad Austral). Es Profesor del Posgrado en Derecho Administrativo, y Profesor Adjunto de Derecho Administrativo (Universidad de Belgrano). Secretario de Redacción de la Revista Derecho Administrativo (ed. Abeledo-Perrot) y miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

1. “Más allá de las discusiones doctrinarias, el constitucionalismo provincial desde 1957 y 1985 a la actualidad da un dato importante: los municipios provinciales integran nuestra estructura federal, en la que damos por existente una trinidad constitucional: municipio-provincia-estado federal” (Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, tomo I, Buenos Aires, ed. Ediar, 1998, pág. 451).

de Buenos Aires.² En este sistema plural, cada jurisdicción tiene su propio régimen de procedimiento administrativo: la Nación tiene el suyo, esencialmente contenido en la Ley 19.549 y su reglamentación, aprobada por Decreto 1759/72; otro tanto ocurre con cada una de las veintitrés provincias, y –dentro de estas provincias– con algunos de los municipios más importantes.³ También la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó su régimen particular (en el caso, mediante el Decreto 1510/97).⁴

Frente a la evidente imposibilidad de abarcar un escenario tan múltiple y diverso en un trabajo de estas características, nos limitaremos a analizar y describir el régimen jurídico correspondiente al procedimiento administrativo de la jurisdicción nacional, es decir, el que aplica la Administración Pública Nacional, cuyas normas –como hemos dicho recién– se encuentran esencialmente en la Ley 19.549 y su reglamentación.

La segunda precisión tiene que ver con esta Ley 19.549: a pesar de su denominación como “Ley de Procedimientos Administrativos” (LNPA), lo cierto es que regula materias diversas que exceden esa cuestión. Así, por ejemplo, además de normas sobre la regulación sustancial del acto administrativo –sus requisitos esenciales (arts. 7º y 8º), sus caracteres (arts. 12, 17 y 18), su nulidad y saneamiento (arts. 14, 15, 19 y 20), y su revocación (arts. 17 y 18)–⁵ la ley incluye un título especial

2. Que si bien no es una nueva provincia, al menos “es un nuevo sujeto de la relación federal que se añade a la dual entre el estado federal y las provincias” (Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución...*, cit., pág. 445).

3. “La mayoría de las municipalidades carecen de ordenanzas de trámite administrativo, lo que no impide la vigencia de los *recursos administrativos* [...] Dichos recursos, reglados o no, son resueltos para agotar la vía administrativa o por el intendente municipal o el concejo deliberante, según lo disponen las leyes orgánicas municipales u ordenanzas de trámite administrativo” (Hernández, Antonio María, *Derecho Municipal*, 2ª ed., Buenos Aires, ed. Depalma, 1997, vol. I, pág. 540).

4. Ver, al respecto, Gauna, Juan Octavio, “Cuestiones del procedimiento administrativo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Buenos Aires, ed. RAP, 2006, pág. 909 y sig.

5. La VwVfG incluye también, en su Título III, normas sustantivas sobre el “acto administrativo”, en materias tales como su fundamentación (art. 39), los límites de la discrecionalidad (art. 40), su eficacia (art. 43) y su nulidad (art. 44).

dedicado a la impugnación judicial de los actos administrativos, más propio de un “Código Contencioso-Administrativo” que de una ley de procedimientos.⁶ En atención al objeto de este trabajo, nos concentraremos estrictamente en las normas sobre procedimiento –tanto las incluidas en la LNPA, como en su reglamento– lo que evidentemente excluye las demás materias que acabamos de citar.

La tercera y última precisión es al mismo tiempo una crítica: en la Argentina, no obstante el propósito enunciado en el art. 2º de la LNPA,⁷ todavía existen numerosos “procedimientos especiales” cuyas características (v.gr., en materia de recursos disponibles, o sus efectos) pueden diferir de las previstas en el régimen de procedimiento “común” contenido en la LNPA y su reglamento.⁸ De este modo, frente a la notificación de un cierto acto administrativo, el interesado deberá verificar si a la materia en cuestión le resulta aplicable algún régimen jurídico específico que incluya disposiciones en materia de procedimiento. Sólo en ausencia de tales disposiciones “especiales” será plenamente de aplicación el trámite reglado en la LNPA y su reglamento, en virtud de su carácter “común”.⁹

6. El título IV, que lleva por nombre “Impugnación judicial de actos administrativos”.

7. Que dice: “Dentro del plazo de ciento veinte días, computado a partir de la vigencia de las normas procesales a que se refiere el art. 1, el Poder Ejecutivo determinará cuáles serán los procedimientos especiales actualmente aplicables que continuarán vigentes”. A continuación el artículo preveía la “paulatina adaptación de los regímenes especiales al nuevo procedimiento”. No obstante ello, el Decreto 722/96 (actualmente vigente, con la modificación incorporada por Decreto 1155/97) dispone que continúan en vigencia los procedimientos especiales vinculados a diversas materias (impositiva, minera, de contrataciones, sumariales, etc.) e incluso prevé que –dentro o fuera de las materias referidas– subsiste la validez de todas las normas especiales que dispongan “el cumplimiento de requisitos previos a la interposición del recurso administrativo de que se trate; la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido; [y] la existencia de un recurso directo”.

8. Como lo reconoce el Decreto 722/96 en su “Considerando”, “...la Ley Nº 19.549 ha venido a establecer un procedimiento administrativo común o general para la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL, sin perjuicio de la vigencia de procedimientos administrativos especiales en dicho ámbito”.

9. Ampliar en Zubiaur, Carlos A., “Los procedimientos administrativos especiales”, en Cassagne (Director), *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, ed. Abeledo-Perrot, 2005, pág. 29.

A partir de estas precisiones iniciales se concluye, entonces, que el objeto de nuestro trabajo es el estudio del procedimiento administrativo “común”, vigente en la jurisdicción nacional argentina (tal como está actualmente regulado por la LNPA y su reglamento) procurando la comparación de sus soluciones con aquellas previstas en la Ley alemana de procedimiento administrativo (VwVfG).

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL

1. Antes y después de la LNPA (dos etapas en la regulación del procedimiento administrativo en jurisdicción nacional)

La regulación del procedimiento administrativo en jurisdicción nacional reconoce dos etapas bien diferenciadas: (i) la inicial, desde los tiempos de la organización nacional hasta 1972, donde existieron únicamente normas dispersas (principalmente decretos) que distaban de conformar un sistema completo; y (ii) la actual, que se inicia ese año de 1972 y abarca hasta nuestros días.

El punto de corte lo determina la sanción del decreto-ley 19.549 (en adelante, LNPA)¹⁰ y su reglamento aprobado por decreto 1759/72¹¹ (en adelante, RLNPA) que desde esa fecha continúan vigentes –con esporádicas modificaciones, que no alteraron sus características principales.

10. La denominación apropiada, al referirse a la ley de procedimientos, es la de “decreto-ley” 19.549, ya que se trata de una norma de carácter legislativo dictada por un gobierno *de facto*. Sin embargo, esta circunstancia no origina cuestionamientos en punto a su legitimidad o validez constitucional, y está extendida su identificación como “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, por lo que recurrimos a la abreviatura LNPA.

11. Ambos sancionados en la misma fecha y publicados en el Boletín Oficial del 27 de abril de 1972. El texto original, y sus ulteriores modificaciones, pueden consultarse en <http://infoleg.gov.ar>.

Cabe aquí una pregunta: ¿se trata de una regulación adecuada a los tiempos que corren? Javier Barnes ha dicho que “[l]as leyes de procedimiento fueron aprobadas para regular y estandarizar los procedimientos administrativos durante un periodo de creciente expansión administrativa, señaladamente a partir de la segunda postguerra europea”.¹² Si bien es algo posterior en el tiempo (1972) la ley argentina –que recibió el influjo de las leyes vigentes al momento de su sanción, particularmente la española– se inscribe dentro de ese mismo grupo, y puede calificarse sin hesitación como una ley “tradicional”.¹³

Como tal, la LNPA es pasible de la misma crítica que formula Barnes a “tantas leyes generales de procedimiento administrativo de la segunda mitad del siglo XX [que] han quedado superadas por la realidad en razón del contenido, que ha devenido insuficiente; del concepto, que resulta obsoleto; y del método de regulación tradicional en el que han permanecido ancladas”.¹⁴ Dicho esto, creemos que no sería justo –al menos en la Argentina– culpar a la legislación por la falta de avances en la materia; antes bien, se puede reconocer en la vetustez de estas normas (prontas a cumplir 40 años) una manifestación visible de la omisión de incorporar, en nuestro medio, técnicas modernas de administración y procedimiento.

12. Barnes, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en Barnes, Javier (editor), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2008, pág. 19.

13. También la ley alemana (VwVfG) “obedece a la concepción clásica de una Administración que actúa imperativamente sobre la base de un esquema jerárquico, y como mera aplicadora de la ley” (Schneider, Jens–Peter, “La evolución del procedimiento tipo de la Ley de Procedimiento Administrativo alemana de 1976: hacia un modelo integral y comprensivo”, en Barnes, Javier (editor), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2008, pág. 369 y sig.

14. Barnes, Javier, “Reforma...”, cit., pág. 21. El autor justifica la necesidad de la reforma de estas leyes en “tres razones fundamentales: Primero, porque son muchas las cosas relevantes que no están. Las leyes generales de procedimiento ya no son representativas de la actividad administrativa contemporánea. Segundo, porque el procedimiento no se ha sustraído de la vieja concepción procesal, en la que se inspiró en su nacimiento (estructura bilateral, principio contradictorio, secuencia de actos de autoridad al servicio de una decisión final, proceso meramente aplicativo de una ley material que contiene la solución, etc.). Las leyes de procedimiento se recrean [...] en un esquema judicial [...] que no sirve, sin embargo, para otros muchos escenarios, más aún, en aquellos ámbitos en los que el

Por ese mismo motivo, la solución no debería buscarse en una mera reforma legislativa (prueba de ello son varias normas supuestamente “modernas”, formalmente vigentes, que sin embargo carecen de aplicación en la práctica)¹⁵ sino en una reforma profunda de los modos y formas de regular y administrar la cosa pública, *aggiornando* las técnicas administrativas y reconociendo las nuevas necesidades que resultan de la transformación de los modos de gobierno.

Terminada esta digresión, volvamos a la descripción histórica, para ver con mayor detalle las dos etapas que antes enunciamos.

I.1.1. El período anterior a la LNPA

Tomando como punto de partida la Constitución de 1853, las primeras normas sobre procedimiento se dictaron “en función de las particulares necesidades de un Estado en formación”,¹⁶ y estuvieron naturalmente vinculadas a las materias en las que se verificaba una mayor acción e intervención estatal: aduanas, servicios públicos, compras de insumos para el Ejército, etcétera.¹⁷

No se trataba, en consecuencia, de disposiciones aplicables al procedimiento en general (ni mucho menos de una norma que abarcara las

procedimiento posee una función creativa o innovadora (elaboración del planeamiento; de toma de decisiones de carácter científico o técnico; etc.) esto es, cuando la solución o criterio no deriva sin más de la ley formal... Tercero, porque no reflejan otro método de regulación, gobierno o dirección que el clásico, basado en una Administración jerárquica, cerrada y piramidal, que actúa mediante decisiones unilaterales e imperativas, en aplicación de normas emanadas desde un centro superior (modelo del ‘*command and control regulation*). Nada dicen sobre las nuevas formas de regulación y gobernanza, y su impacto sobre el procedimiento administrativo” (Barnes, Javier, *Ibid.*)

15. Como las recientes normas referidas a la “firma digital” y los “documentos digitales”, o a los mecanismos de elaboración participativa de normas, temas de los que hablaremos más adelante en este trabajo.

16. González Moras, Juan M., “La competencia para regular el procedimiento administrativo”, en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Buenos Aires, ed. RAP, 2006, pág. 768.

17. Cfr. González Moras, Juan M., “La competencia...”, cit., pág. 768 y sigtes.

principales cuestiones en materia de procedimiento)¹⁸ sino de regulaciones puntuales, dirigidas a trámites específicos.

En este sentido, tan pronto como en 1857 se dictó la Ley N° 160, que trataba sobre el procedimiento aplicable a las causas sobre contrabando. Preveía que la resolución estaría a cargo de los jefes de las Aduanas nacionales (art. 1°); la necesidad de su notificación (art. 3°); y un recurso contra la misma, que debía ser interpuesto en 48 hs. (art. 7°) y resuelto por el juzgado federal más inmediato (art. 9°) o “por el jefe de la Aduana más próxima y dos vecinos”, hasta tanto se instalasen estos juzgados (íd.).

En otras normas posteriores se dispuso la regulación de otros procedimientos administrativos especiales, por ejemplo en materia de ferrocarriles nacionales (Ley N° 2873, de 1891) y de correos (Ley N° 197, de 1866), o de diversas cuestiones tributarias (Ley N° 428, de 1870; Ley N° 3057, de 1893).¹⁹

Tal vez uno de los primeros temas regulados de modo “común” (es decir, aplicable en general a toda la función administrativa que desarrolla la Administración pública) haya sido el llamado “recurso jerárquico”:²⁰ fue instituido por decreto en 1933,²¹ posteriormente modificado por otros decretos en 1934 y 1939, y finalmente todos ellos refundidos en el Decreto N° 7520/44, que otorgó este remedio contra las decisiones de “funcionarios públicos, órganos centralizados y entidades autárquicas, cuando ellas lesionen derechos o intereses legítimos de administrados, funcionarios o empleados” (conf. art. 1°, Dto. 7520/44).

Junto al “jerárquico” existían varios “recursos no reglados”, que – aunque no se encontraban previstos en norma alguna– eran aceptados por la doctrina y la jurisprudencia administrativa. Como se advierte, el pano-

18. Las primeras normas de estas características aparecieron en las Provincias, comenzando por Córdoba en 1937 (González Moras, Juan M., “La competencia...”, cit., pág. 768 y sigtes.).

19. Seguimos la enumeración que realiza González Moras, Juan M., “La competencia...”, cit., pág. 768 y sigtes.

20. Ampliar en Perrino, Pablo E., “El recurso jerárquico en el ámbito nacional”, en *Cuestiones de Procedimiento...*, cit., pág. 417 y ss.

21. El Decreto N° 20.003/33, sancionado “por iniciativa” de Rafael Bielsa (cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, ed. Abeledo-Perrot, 1995, 5ª ed., tomo I, pág. 647).

rama no brindaba garantía alguna de seguridad jurídica. Tomando las palabras de Cassagne, en la época anterior a la LNPA “el derecho administrativo argentino [...] era una herramienta prácticamente ignorada por la Administración y los particulares, que desconocían la compleja trama de los procedimientos que afectaban sus derechos [...] Fuera de las escasas reglas de un reglamento, que había organizado el recurso jerárquico, no existían prescripciones que ordenaran siquiera los conflictos de competencia entre los órganos administrativos ni normas que regularan sus distintas fases en materia de iniciación, ordenación, instrucción y terminación de los procedimientos”.²²

En sentido similar, Escola denunciaba que “[l]a carencia de una legislación adecuada en esta materia (es) casi total en el orden nacional” y que ello “da lugar, como es natural, a la posibilidad de que se planteen diferentes opiniones sobre las mismas cuestiones”, por todo lo cual propiciaba “que, sin más demoras, se satisfaga una necesidad que ya es impostergable: la sanción de una ley de procedimiento administrativo, que en forma equitativa regule los recursos de este tipo, fijando su alcance, diligenciamiento, resolución y efectos”.²³

I.1.2. La sanción de la LNPA y su reglamento

La LNPA y su reglamento son el producto del trabajo de una comisión redactora integrada por los Dres. Adalberto E. Cozzi, Héctor Jorge Escola y Carlos A. Young, quienes también recabaron –una vez elaborado el proyecto– la opinión de los principales juristas especializados en la materia.²⁴

22. Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, Buenos Aires, ed. La Ley, 2009, pág. 4.

23. Escola, Héctor Jorge, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1967, pág. XII.

24. Cassagne destaca, en ese contexto, la colaboración prestada por Miguel S. Marienhoff y Juan Francisco Linares, y explica que la Comisión envió un proyecto en consulta a los distintos ministerios y juristas especializados, luego de lo cual “tuvo que debatir y, en su caso, rechazar o aceptar las modificaciones que se formularon (Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional...*, cit., pág. 6).

Como señala Cassagne, “[l]a LNPA cerró un ciclo y abrió otro. Así, el cierre de la etapa caracterizada por la primacía de un derecho doctrinario en formación, con la consecuente falta de unidad den los planteos y soluciones, marcó el comienzo de un ciclo distinto, signado por la certeza que siempre proporciona una codificación, aunque sea parcial, de principios y técnicas que hasta ese momento presentaban una gran movilidad jurídica”.²⁵

En materia de “procedimiento administrativo” *stricto sensu*, la LNPA sólo incluye “los principios básicos”, ya que la cuestión del “trámite procesal propiamente dicho, incluidos naturalmente los recursos administrativos”,²⁶ está casi íntegramente incluido en la reglamentación aprobada por Decreto 1759/72.²⁷ De todas maneras, tanto la ley como su reglamentación fueron preparadas por la misma Comisión Redactora, y aprobadas y publicadas el mismo día, por lo que puede decirse que conforman un sistema normativo articulado y homogéneo, que merece estudiarse en forma conjunta.

I.1.3. Las reformas posteriores de la LNPA y su reglamento

I.1.3.1. Reformas de la LNPA

Desde la fecha de su sanción, la LNPA fue objeto de modificaciones relevantes en tres oportunidades: en 1977, por medio de la Ley 21.686; en 2000, mediante la Ley 25.344 y el año siguiente, al sancionarse el Decreto (delegado) 1023/01. Las analizaremos en este mismo orden.

En la Nota de Elevación de la Ley 21.686 se explicaba que, luego de cinco años de vigencia de la LNPA, se había manifestado “la necesidad de efectuarle distintos ajustes que, sin alterar su estructura general, han de servir para aclarar y precisar el sentido y alcance de algunas normas que

25. Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional...*, cit., pág. 1.

26. La transcripción entre comillas de este párrafo corresponde, en todos los casos, al texto de la Exposición de Motivos de la Ley 19.549.

27. Esta solución se adoptó “en la inteligencia de tratarse de una materia que entra en la esfera de las potestades constitucionales del Poder Ejecutivo y no del Legislativo”, como se explica también en la Exposición de Motivos de la Ley 19.549.

han dado origen a interpretaciones disímiles e incluso divergentes, o que han presentado dificultades en cuanto a su correcta aplicación práctica. Los procedimientos administrativos, como es sabido, deben caracterizarse por su simplicidad y rapidez, y las normas que los regulan deben distinguirse por la sencillez y precisión de sus términos, de modo que su aplicación no ofrezca dudas ni para la administración pública ni mucho menos para los propios administrados [...] Ha sido, pues, sobre esta base que se ha encarado la revisión de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”.

En ese marco, se incorporó la obligación de que los actos del procedimiento –y no sólo las actuaciones y diligencias– deben dictarse en días y horas hábiles administrativos (art. 1º, inc. d, LNPA); se previó que la autoridad administrativa fijaría la duración del plazo dentro del cual se debían producir las pruebas (art. 1º, inc. f.2, LNPA) y se aclaró que el plazo para las acciones judiciales de impugnación debía contarse en “días hábiles judiciales” (art. 25, LNPA), entre otras modificaciones referidas a cuestiones diversas.

En cuanto a la ley 25.344, modificó esencialmente el régimen del “reclamo administrativo previo” (esto es, el reclamo con el que debe agotarse la vía administrativa, antes de demandar judicialmente a la Nación por cuestiones diversas, diferentes de la impugnación de un acto administrativo). Al suprimir algunas excepciones vigentes en la LNPA, esta modificación “revivió” un reclamo que estaba prácticamente vetusto, y de ese modo –en la práctica– dificultó el acceso a la instancia judicial.²⁸

Finalmente, y con relación al Decreto (delegado) 1023 de 2001, sólo modificó el art. 7º de la LNPA para disponer la aplicación “directa” (antes decía “análoga”) a los contratos administrativos, de las normas sustanciales sobre actos administrativos, incluidas en el título III de la LNPA, y para precisar que la revocación de los contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia no generará derecho a indemnización por lucro cesante (disposición que se ha entendido complementaria –

28. Estas modificaciones, según Cassagne, “afectan en su mayoría el derecho a la tutela judicial efectiva al dificultar el acceso a la jurisdicción” (Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional...*, cit., pág. 23).

para el caso de los contratos administrativos— del régimen de revocación contenido en el art. 18 de la LNPA para la generalidad de los actos administrativos).²⁹

I.1.3.2. Reformas del reglamento (RLNPA)

El reglamento sufrió varias modificaciones menores desde 1972 (decretos 1744/73, 3700/97, 1893/95 y 160/91) hasta que fue objeto de una reforma sustancial en septiembre de 1991, por medio del decreto 1883, que afectó a casi la mitad de sus artículos y aprobó un nuevo “texto ordenado”.

Desde esa fecha y hasta el momento en que se escriben estas líneas, el texto del RNLPA (al que se identifica como “aprobado por Decreto 1759/72, texto ordenado en 1991”) ha permanecido inalterado.

2. Las normas sobre procedimiento administrativo en los tratados internacionales incorporados a la Constitución en 1994

En 1994, la Constitución Nacional recibió una de las más importantes reformas de su historia, y en ese marco se reconoció “jerarquía constitucional” a varios tratados de Derechos Humanos.³⁰

29. Esta modificación también mereció la crítica de Juan Carlos Cassagne (*Ley Nacional...*, cit., pág. 22).

30. Conf. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, que en su parte pertinente textualmente dice: “[...] Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”.

De diversas disposiciones de estos tratados se ha deducido –en cuanto aquí interesa– la vigencia del principio de la “tutela administrativa efectiva”: nos referimos al art. XXI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,³¹ al art. 2º, ap. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³² y a las numerosas disposiciones referidas a la “tutela *judicial* efectiva”, a partir de cuyo reconocimiento expreso se ha derivado la existencia de una regla similar aplicable al procedimiento en sede administrativa.³³

En este sentido, por ejemplo, nuestra Corte Suprema ha considerado que resultaba nula la disposición que obligaba a desistir de los reclamos pendientes contra el organismo administrativo que había organizado una licitación, como condición para participar en la misma, desde que tal precepto:

“...resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con

31. El artículo establece que “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

32. Suscripto en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966, y aprobado por Ley Nº 23.313. En su parte pertinente establece que “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 que toda persona que interponga tal recurso y a desarrollar las posibilidades del recurso judicial: c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

33. En un sentido similar, para Alemania, se ha dicho que “la Ley Fundamental de Bonn de 1949 no contiene disposiciones que versen específicamente sobre procedimiento administrativo. Ello no obsta, sin embargo, para que se admita con naturalidad la notable relevancia que la Constitución alemana posee en orden a configurar el procedimiento administrativo [...] El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 19.IV de la Ley Fundamental), por su parte, ha ejercido igualmente un evidente influjo sobre el procedimiento mismo, extendiendo así sus efectos, más allá del proceso judicial, a la vía administrativa” (Eberhard Schmidt-Assmann, “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional”, en Barnes, Javier (editor), *La transformación...*, cit., pág. 82).

jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inc. 3° aps. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

7°) Que ello es así pues la citada disposición, en los términos generales en que ha sido redactada, restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la CNC vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de la garantía mencionada en el considerando anterior, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos: 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada (Fallos: 310:1819).³⁴

3. La doctrina y la jurisprudencia

En el ámbito del Derecho Administrativo en general, “donde las normas escritas son escasas por tratarse de un Derecho en formación, la importancia de la jurisprudencia es evidente y ha jugado una función preponderante en la formulación de las principales instituciones”.³⁵ En este sentido ha sido particularmente relevante el rol de la Corte Suprema de

34. “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 327:4185.

35. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, 8ª ed. actualizada, tomo I, pág. 211.

Justicia de la Nación, que muchas veces ha debido encontrar soluciones concretas a problemas suscitados en el ámbito del Derecho Público, aun en ausencia de una regulación normativa específica.³⁶

Igualmente importante es la llamada “jurisprudencia administrativa” desarrollada por la Procuración del Tesoro de la Nación, que en su carácter de órgano superior de asesoramiento jurídico del Estado³⁷ emite *dictámenes* (p.ej., cuando existen opiniones jurídicas contradictorias de los servicios jurídicos permanentes, cuando debe resolverse un recurso jerárquico contra una decisión ministerial, o simplemente cuando la trascendencia del tema lo justifica) por medio de los cuales fija su opinión jurídica en materia de aplicación e interpretación de leyes y reglamentos, la que en lo sucesivo resulta obligatoria para todos los abogados del Estado.

36. Por ejemplo, en materia de invalidez del acto administrativo (“Ganadera Los Lagos S.A.”, Fallos 190:142, de 1941) y de la llamada “cosa juzgada administrativa”, o estabilidad del acto (caso “Carman de Cantón”, Fallos 175:367, de 1936). En esta última materia, de la descripción que realiza Cassagne se advierte claramente la interacción entre la doctrina y la jurisprudencia (fuentes indirectas del Derecho), y su ulterior efecto en la sanción de la ley (fuente directa): “en general, puede reconocerse que desde el caso ‘Carman de Cantón’ la Corte Suprema ha sostenido que la Administración carece de facultades para revocar un acto por razones de ilegitimidad cuando el mismo estuviera afectado de nulidad relativa, al par que ha aceptado la procedencia de la revocación frente a la presencia de vicios de nulidad absoluta. Pero esta conclusión, señalada a nivel doctrinario, no había sido objeto de sistematización en la doctrina del alto tribunal, cuyo criterio era casuístico. A la luz de la evolución de la nueva concepción que la Corte introdujo en la materia en el caso ‘Carman de Cantón’, Linares escribió su clásica obra acerca de la cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia del alto tribunal, realizando la construcción dogmática (es decir, de los principios) de la institución. Paralelamente, en el mismo año (1946) apareció el trabajo de Bosch [...] en el que describió la situación jurisprudencial en la misma línea. De allí en más, la nueva concepción –que fue evolucionando hasta su consagración en el art. 17, LNPA– se impuso definitivamente en el Derecho Administrativo argentino” (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, cit., tomo II, pág. 377).

37. El Procurador del Tesoro depende directamente del Presidente de la Nación, y tiene una jerarquía equivalente a la de los Ministros (Ley 24.667, art. 1º). Es el jefe del Cuerpo de Abogados del Estado, integrado por todos los asesores jurídicos que trabajan en los Ministerios o entidades autárquicas. Estos profesionales están sujetos a una relación jerárquica con sus respectivos jefes, pero el Procurador ejerce sobre ellos una dirección “técnica y profesional” (Decreto 34952/47) que –por ejemplo– les impide apartarse de la opinión jurídica de la procuración materia de aplicación e interpretación de leyes y reglamentos.

Del mismo modo es incuestionable la influencia de la doctrina de los autores especializados, ya que “si bien no es fuente del ordenamiento porque no crea Derecho, configura un ordenamiento auxiliar de fundamental importancia tanto para la formación como para la interpretación del sistema jurídico”.

Estas consideraciones, aplicables en general a todo el ámbito de nuestra disciplina, tienen plena vigencia en materia de procedimiento administrativo. La doctrina y la jurisprudencia han servido –y continúan sirviendo– como medios auxiliares de creación del Derecho, orientando la solución de las cuestiones particulares que pueden plantearse al momento de aplicar e interpretar la ley, o resolver cuestiones no previstas legalmente.

Al propio tiempo, muchas de las soluciones desarrolladas inicialmente por la doctrina y la jurisprudencia han sido luego volcadas en los textos legales. Basta con repasar, en este sentido, algunos párrafos de la Exposición de Motivos de la LNPA:

“Los principios básicos del procedimiento administrativo, tales como los tratados en el título I del proyecto de ley, están inspirados, fundamentalmente, en la tradicional doctrina jurídica de la Procuración del Tesoro de la Nación, en la ley 7647 de la Provincia de Buenos Aires, en las normas del debido proceso desarrolladas en el proyecto de ley de los doctores Juan Francisco Linares y Agustín A. Gordillo y en la ley española de julio 17 de 1958 (reformada en diciembre 2 de 1963).

[...]

Finalmente lo relacionado con el reclamo administrativo previo a la demanda judicial contra el Estado resulta apoyado en la jurisprudencia vigente en la materia y en lo sostenido por el doctor Juan Francisco Linares en su trabajo Demandas contra la Nación y los decretos del Poder Ejecutivo, publicado en la revista jurídica *La Ley*, t. 138, p. 997”.

Otro tanto ocurrió al momento de reformar el RLNPA, por medio del citado Decreto Nº 1883/91. En el “Considerando” de esta norma puede leerse, por ejemplo, lo siguiente:

“Que, siguiendo la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación, se advierte la necesidad de suprimir el recurso de alzada

contra actos inherentes a la actividad privada de empresas y sociedades de propiedad total o mayoritariamente estatal, coincidiendo también la más calificada doctrina nacional...

[...]

Que de acuerdo al tratamiento jurisprudencial que a través del tiempo se efectuó del Reglamento de Procedimientos Administrativos surge la conveniencia de prever un plazo de gracia para la presentación de escritos (C.S.J.N., 'Fundación Universidad de Belgrano', del 5/10/78)...".

Así, la doctrina de autores como Bielsa, Bosch, Linares y Marienhoff, junto a las decisiones de la Corte Suprema y los dictámenes de la Procuración, han influido en el legislador para la construcción de un régimen de procedimientos propio, que es diferente pero a la vez tributario de los otros regímenes que le han servido de inspiración, como el de la Provincia de Buenos Aires, o de países extranjeros –en particular España.

Por todo lo expuesto es rigurosamente exacto sostener que, si bien doctrina y jurisprudencia carecen del valor de fuente *formal* en el Derecho Administrativo, en la práctica han jugado un papel preponderante en la construcción de las principales instituciones de nuestro procedimiento administrativo.

III. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL RÉGIMEN DE PROCEDIMIENTO REGULADO EN LA LNPA Y SU REGLAMENTO

Por razones de espacio, nos vemos limitados a señalar sucintamente los rasgos principales del régimen jurídico establecido por la LNPA y su Reglamento, en materia de procedimiento administrativo (que hemos procurado correlacionar con las disposiciones semejantes de la VwVfG). Luego, en el capítulo que sigue analizaremos los principios generales del procedimiento reglado por estas normas, y finalmente nos extenderemos un poco más sobre algunas cuestiones vinculadas a la participación de los administrados en el procedimiento –procurando, nuevamente, su comparación con las soluciones previstas en la Ley alemana (VwVfG).

1. Definición de procedimiento administrativo

La VwVfG, en su artículo 9º, incluye una precisa definición del objeto de nuestro estudio: “[a] los efectos de la presente ley, el procedimiento administrativo consiste en la actividad de las autoridades administrativas que producen efectos externos a la administración dirigido al control de los presupuestos, a la preparación y a la emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un contrato de derecho público; abarca la emisión de un acto administrativo o la conclusión de un contrato de derecho público”.

La LNPA, en cambio, no se ocupa de definir el concepto de procedimiento, aunque la cuestión no ha generado dificultades prácticas, y la doctrina coincide en caracterizarlo como el complejo de actos sucesivos, con individualidad jurídica propia pero vinculados por una finalidad común, que sirve de cauce a la función administrativa.³⁸

2. Ámbito de aplicación

De acuerdo a su art. 1º, la LNPA (y en consecuencia, también su Reglamento) es de aplicación obligatoria para toda la Administración Central (inclusive los órganos desconcentrados) y las entidades descentralizadas, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad.³⁹

Como consecuencia de la subsistencia de numerosos procedimientos especiales, a los que ya hemos hecho referencia antes, la LNPA no será de aplicación directa (aunque sí supletoria, en la medida en que no afecte las normas de fondo de esos regímenes) cuando otra norma disponga válidamente la existencia de un procedimiento diferente, aplicable a una determinada materia o clase de actos.

38. Conf. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, cit., tomo II, pág. 658; González Pérez, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, 2ª ed., pág. 75; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, ed. Fundación de Derecho Administrativo, 1998, 3ª ed., tomo 2, pág. IX-6.

39 Ampliar en Monti, Laura M., “Ámbito de aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, en Cassagne (Director), *Procedimiento y proceso administrativo...*, cit., pág. 13 y sig.

3. Regulación de los plazos

En el marco del Derecho Procesal (judicial) rige el principio “dispositivo”, y la extinción del plazo (entendido como el lapso de tiempo durante el cual deben cumplirse ciertos actos o etapas del proceso) conduce a la “preclusión” del derecho, que determina la imposibilidad de realizar el acto luego de su vencimiento.

En el procedimiento administrativo los plazos tienen otra finalidad, y la preclusión posee un rigor diferente,⁴⁰ atenuado por la vigencia de los principios de “colaboración”, “verdad objetiva”, informalismo y eficacia⁴¹. Esto no implica que los plazos no sean obligatorios, pero tal obligatoriedad no es equiparable a la “perentoriedad”, ya que los plazos son, en principio, prorrogables⁴² (excepto los que corresponden a la presentación de recursos).⁴³

Por medio del Decreto N° 1883/91 –como hemos dicho antes– se admitió expresamente la vigencia del “plazo de gracia” en el procedimiento administrativo, que permite presentar los escritos (incluso los recursos) en las dos primeras horas hábiles administrativas del día siguiente al de su vencimiento⁴⁴.

40. Para un análisis con matices adicionales, ver el artículo de García Pullés, Fernando, “La preclusión en el procedimiento administrativo”, en *Cuestiones de procedimiento...*, cit., pág. 871 y sig.

41. Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional...*, cit., pág. 103.

42. LNPA, art. 1, e), : “En cuanto a los plazos: 1) serán obligatorios para los interesados y para la administración...”. Sin embargo, el mismo inciso más adelante agrega: “...5) antes del vencimiento de un plazo podrá la administración de oficio o a pedido del interesado, disponer su ampliación, por el tiempo razonable que fijare, mediante resolución fundada y siempre que no resulten perjudicados derechos de terceros. La denegatoria deberá ser notificada por lo menos con 2 días de antelación al vencimiento del plazo cuya prórroga se hubiere solicitado. 6) Interposición de recursos fuera de plazos. Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica, o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho [...] 8) Pérdida de derecho dejado de usar en plazo. La administración podrá dar por decaído el derecho dejado de usar dentro del plazo correspondiente, sin perjuicio de la prosecución de los procedimientos según su estado y sin retrotraer etapas...”.

El art. 31 (7) de la VwVfG prevé que los plazos “pueden ser prorrogados” e incluso detalla que si estos plazos han concluido “pueden ser prorrogados con efecto retroactivo, en particular cuando sería inequitativo dejar subsistir las consecuencias jurídicas ocurridas por la conclusión del plazo”.

4. Las partes en el procedimiento

En principio, toda persona física o jurídica, de carácter público o privado, tiene aptitud genérica para intervenir en un procedimiento administrativo. Para ser parte en un procedimiento administrativo, además de esta “capacidad” general (regulada por el Código Civil) es necesario acreditar una aptitud especial (“legitimación”) que se vincula con el objeto de ese procedimiento en particular.

Como regla general, la condición que habilita la legitimación es la titularidad de un “derecho subjetivo” o de un “interés legítimo”. El titular de un “interés simple” puede ser reconocido como parte del procedimiento sólo por excepción.⁴⁵

Quien sea parte en un procedimiento puede hacerse representar por otro, y cualquier persona física o jurídica puede actuar como representante de la parte.⁴⁶ El art. 1º, inc.f) ap. 1 de la LNPA exige el patrocinio

43. Sesín apunta que incluso “[u]no de los sistemas jurídicos más avanzados en materia de revisión administrativa y judicial de los actos, como el alemán, aplica rigurosamente este principio. En efecto, el Tribunal Constitucional Federal admite que los actos administrativos no impugnados en tiempo y forma son inatacables. El incumplimiento de la carga de impugnar y la seguridad jurídica que justifica los plazos del recurso administrativo constituyen los fundamentos de la jurisprudencia reciente que subraya el interés constitucional por la firmeza del acto administrativo” (Sesín, Domingo J., “El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas”, en *Cuestiones de procedimiento...*, cit., pág. 75, con cita de Badura, P., en Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, p. 410 y sigs).

44. Ampliar en Rejtman Farra, Mario, “La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo”, en *Cuestiones de procedimiento...*, cit., pág. 807 y sig.

45. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, cit., tomo II, pág. 684.

46. Cfr. VwVfG, art. 14.

letrado obligatorio “cuando se planteen o debatan cuestiones jurídicas” si el representante no es un profesional del Derecho.⁴⁷

5. Estructura del procedimiento: el expediente

De acuerdo al art. 3º del RLNPA, el procedimiento puede iniciarse de oficio, o a petición de cualquier persona “que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo”. Una vez iniciado el trámite de cualquiera de ambos modos, la Administración tiene el deber de impulsar de oficio las actuaciones (lo que no impide que el interesado también inste el procedimiento).⁴⁸

El RLNPA dispone que, en la dirección del procedimiento, la autoridad administrativa debe procurar: a) tramitar los expedientes según su orden y decidirlos a medida que vayan quedando en estado de resolver (algo que rara vez se cumple en la práctica); b) concentrar en un mismo acto o audiencia todas las cuestiones que puedan proveerse simultáneamente; c) establecer mecanismos ágiles para la tramitación de expedientes homogéneos; d) ordenar la subsanación, aun de oficio si fuese posible, de los defectos formales de cualquier trámite; e) convocar en cualquier momento a las partes, sus representantes o abogados, para requerir las explicaciones que se estimen necesarias y reducir las discrepancias de hecho y de derecho que pudieren existir.⁴⁹

Los actos sucesivos del procedimiento deben volcarse en un expediente (en formato papel),⁵⁰ que debe ser compaginado en cuerpos numerados que no excedan de doscientas fojas,⁵¹ y foliarse por orden correlativo.⁵²

47. A pesar de ello, coincidimos con Cassagne en que, frente a un planteo que involucre cuestiones jurídicas pero carezca de patrocinio letrado, “la Administración no puede declarar inadmisibile el trámite sin brindar al administrado la oportunidad de corregir la anomalía” (*Derecho Administrativo...*, cit., tomo II, pág. 691).

48. Conf. art. 4º, RLNPA.

49. Conf. art. 5º, RLNPA.

50. Ver Mata, Ismael, “Procedimientos administrativos. Expedientes, escritos, representación”, en *Procedimiento Administrativo...*, cit., pág. 18, quien recuerda que el Decreto N° 333/85 incluye una definición de expediente.

51. Conf. art. 8º, RLNPA.

52. Conf. art. 9º, RLNPA. Gordillo ofrece, al hablar del expediente, una pintoresca pero ajustada visión de la realidad: “el expediente administrativo no conoce, como el judicial,

6. Los escritos y su firma

A pesar de algunas normas dispersas,⁵³ la Administración nacional no ha avanzado en la digitalización o informatización general de los trámites administrativos, y por ello el “expediente” –entendido como el conjunto ordenado de hojas de papel que sirven de soporte a los sucesivos actos del procedimiento–⁵⁴ es todavía insustituible.

el empleo uniforme de hojas de igual tamaño y calidad, ni tampoco el prolijo trabajo del empleado que cose los expedientes; en el procedimiento administrativo los expedientes están perforados y unidos por un simple broche, y las sucesivas hojas del trámite, de desigual tamaño y formato, calidad y color, van siendo agregadas en cada oficina [...] por el simple método de abrir el broche y enganchar allí, perforándolas, las nuevas actuaciones” (Gordillo, Agustín A., *Tratado...*, cit., tomo 2, pág. X-5).

53. Por ejemplo: la Decisión Administrativa 118/2001, que creó un “Proyecto de Simplificación e Informatización de Procedimientos Administrativos”; la Resolución 176/02 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que habilitó el “Sistema de Tramitación Electrónica para la Recepción, Emisión y Archivo de Documentación en formato digital firmada digitalmente”; o la Resolución AFIP 474/99, que permite la presentación de declaraciones juradas impositivas y previsionales por Internet. En materia de contrataciones, el art. 21 del Decreto (delegado) N° 1023/2001 prevé las “contrataciones en formato digital”, y establece que: “[l]as contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan [...] Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 2° estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación. Se considerarán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, en los procedimientos regulados por el presente. Deberá considerarse que los actos realizados en formato digital firmados digitalmente cumplen con los requisitos del artículo 8° de la [LNPA], su modificatoria y normas reglamentarias, en los términos establecidos en las disposiciones referentes al empleo de la firma digital en el Sector Público Nacional, las que se aplicarán, en el caso de las contrataciones incluidas en los artículos 4° y 5° de este régimen, aun a aquellos actos que produzcan efectos individuales en forma directa. Los documentos digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.”

54 Gordillo ofrece una pintoresca pero ajustada descripción del expediente administrativo, al decir que éste “no conoce, como el judicial, el empleo uniforme de hojas de igual tamaño y calidad, ni tampoco el prolijo trabajo del empleado que cose los expedientes; en el procedimiento administrativo los expedientes están perforados y

En cuanto a los escritos, el RLNPA exige que estos sean “redactados a máquina o manuscritos en tinta en forma legible, en idioma nacional, salvándose toda testadura, enmienda o palabras interlineadas”,⁵⁵ y prevé que “serán suscritos por los interesados, sus representantes legales o apoderados”.

Al contrario, el art. 3a. de la VwVfG reconoce que “[l]a transmisión de documentos electrónicos es admisible, en la medida que el destinatario disponga de un acceso a dicho efecto. Una forma escrita establecida por una norma puede, salvo que otra norma disponga lo contrario, ser reemplazada por la forma electrónica. En este caso, el documento electrónico debe contener una firma electrónica calificada conforme la ley de firmas electrónicas. No se encuentra permitido firmar con un seudónimo que impida la identificación de la persona propietaria de la clave de la firma”.⁵⁶

De todos modos, el régimen del RLNPA debe entenderse modificado por las disposiciones ulteriores sobre “firma digital y documentos digitales” contenidas en la Ley N° 25.560 (de 2001)⁵⁷ y su normativa

unidos por un simple broche, y las sucesivas hojas del trámite, de desigual tamaño y formato, calidad y color, van siendo agregadas en cada oficina [...] por el simple método de abrir el broche y enganchar allí, perforándolas, las nuevas actuaciones” (Gordillo, Agustín A., *Tratado...*, cit., tomo 2, pág. X-5).

55. Conf. art. 15, RLNPA.

56. La VwVfG también incluye en su art. 37 (sobre la forma del acto administrativo) una detallada regulación del “acto administrativo” en formato electrónico. Allí dice, entre otras cosas, que, el acto “puede ser dictado por escrito, por vía electrónica, oralmente o por otra forma” y que “un acto administrativo escrito o electrónico debe permitir identificar a la autoridad administrativa que lo dicta y llevar la firma o la transcripción del nombre del jefe de la autoridad administrativa, de su suplente o de su encargado. Si un acto administrativo, que requiere la forma escrita en virtud de una norma, es dictado en forma electrónica, el certificado calificado que corresponde a la firma electrónica, o un certificado conexo de atribución calificado debe igualmente permitir la identificación de la autoridad administrativa que lo emite...”.

57. Que en su art. 3° establece que “cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital”. Sin embargo, el mismo artículo incluye como excepciones a esta regla “las disposiciones por causa de muerte”, “los actos jurídicos del derecho de familia”, “los actos personalísimos en general” y en general a todos “los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes”.

derivada, que establecen un sistema similar al regulado en la VwVfG, aunque esta modificación sólo tendrá vigencia efectiva a medida que avance efectivamente la digitalización. Por el momento, aunque la Jefatura de Gabinete de Ministros –por intermedio de la Oficina Nacional de Tecnologías de Información– tiene el cometido de avanzar en su implementación en el ámbito de la Administración pública, su uso está escasamente difundido.⁵⁸

7. Las notificaciones

El art. 39 del RLNPA prevé que deben ser notificados “a la parte interesada” los actos administrativos de alcance individual, cuando sean definitivos o –aun sin serlo– obstan a la prosecución del trámite; los que resuelvan incidentes; los que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos; los que decidan emplazamientos, citaciones, vistas o traslados; los que se dicten en materia de prueba, y todos los demás que la autoridad disponga que lo sean.

Estas notificaciones pueden realizarse “por cualquier medio que dé certeza de la fecha de recepción del instrumento en que se recibió la notificación”, aunque las más frecuentes son las “cédulas de notificación” (a imagen y semejanza de las judiciales) y, en el caso de algunos organismos, las cartas–documento del Correo Argentino.⁵⁹ Cuando se requiera notificar a personas inciertas, o se desconozca el domicilio del interesado, el

58. Como puede verse en la página web de la Jefatura de Gabinete, “el proyecto de Firma Digital tiene por objetivo lograr la implementación de esta herramienta tecnológica en los sistemas administrativos y de gestión de los distintos organismos que conforman la Administración Pública, con el fin de que el accionar de éstos resulte más eficiente. Con este propósito, el equipo de Firma Digital de la ONTI lleva adelante las siguientes tareas: generar un marco tecnológico, legal y procedimental adecuado que conforme la Infraestructura de Firma Digital Nacional (IFDN), con el fin de poder utilizar esta tecnología en forma segura; capacitar/instruir a los distintos actores que conforman la IFDN; proveer de certificados a los organismos del sector público en forma gratuita”.

59. Ambos medios están expresamente contemplados –junto a otros cinco– en los siete incisos del art. 41, RLNPA.

Reglamento permite la notificación “por edictos publicados en el Boletín Oficial durante tres días seguidos”, o “por radiodifusión a través de los canales y radios estatales en días hábiles”.⁶⁰

El art. 41 de la VwVfG, luego de establecer en general que un acto administrativo “debe ser notificado a la parte a la cual está destinado o que le afecta”, prevé en su ap. (4) la “notificación pública” de un acto “escrito o electrónico”, que consiste en “publicar la parte dispositiva en un aviso público según los usos de la localidad. La publicación en un aviso público según los usos de la localidad debe indicar donde puede ser consultado el acto administrativo y su fundamentación. El acto administrativo se lo considera notificado transcurridas dos semanas luego de su publicación en un aviso público según los usos de la localidad. En un acto administrativo de destinatario general se puede determinar un día diferente, pero no antes del día que sigue a la publicación”.

El art. 40 del RLNPA incluye un valioso mecanismo de garantía de los derechos de los administrados, al exigir que las notificaciones de un acto administrativo indiquen “los recursos que se puedan interponer contra dicho acto y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos, o en su caso si el acto agota las instancias administrativas”. Para el caso en que se omita indicar el plazo para la presentación del recurso disponible (cualquiera que sea) este plazo se considera extendido a 60 (sesenta) días. Si, en cambio, se omite indicar que el acto agota las instancias administrativas, el plazo para iniciar la acción judicial de impugnación por vía ordinaria (que es de 90 días hábiles judiciales) sólo comenzará a correr una vez transcurridos un plazo de 60; en ese mismo supuesto, cuando la acción judicial de impugnación deba tramitarse mediante un “recurso directo”, el mismo deberá presentarse dentro de los 60 días.⁶¹

60. RLNPA, art. 42.

61. Ampliar en Gambier, Beltrán, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo”, y Salas, Viviana S., “La notificaciones en el procedimiento administrativo: su tratamiento a la luz de la jurisprudencia de la Cámara Nacional Contencioso–Administrativo Federal y los dictámenes de la procuración del Tesoro de la Nación”, ambos en *Procedimiento Administrativo...*, cit., pág. 18.

8. La prueba

En materia de prueba, el RLNPA prevé que la Administración podrá –tanto de oficio, como a pedido de parte– disponer la producción de todos los medios de prueba, en la medida en que fuesen conducentes para la acreditación de los hechos invocados, y no fuesen manifiestamente improcedente, superfluos o manifiestamente dilatorios.⁶²

Así, en adición al derecho de agregar documentos como prueba,⁶³ se contempla la posibilidad de recabar informes y dictámenes, incluso de terceros (aunque a falta de respuesta de estos, se prescindirá de esta prueba);⁶⁴ celebrar audiencias para recibir declaración a testigos, quienes “serán libremente interrogados sobre los hechos por la autoridad”,⁶⁵ y producir informes de expertos o peritos, aunque –en principio– esta medida solo es procedente si los administrados la proponen, y asumen su costo (ya que la administración, excepto que resulte estrictamente necesario convocar a un perito, debe “limitarse a recabar informes de sus agentes y oficinas técnicas”).⁶⁶ En general, a toda la materia de prueba le resultan supletoriamente aplicables las disposiciones pertinentes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

9. Conclusión de los procedimientos administrativos

El procedimiento administrativo puede concluir normalmente (con el dictado del correspondiente acto administrativo) o en forma “anormal”, por desistimiento, renuncia o caducidad.

El desistimiento extingue el trámite, pero no el derecho, y por eso “no impedirá que ulteriormente vuelva a plantearse igual pretensión”.⁶⁷

62. RLNPA, art. 46. Cfr. VwVfG, art. 26.

63. RLNPA, art. 58.

64. RLNPA, art. 48.

65. RLNPA, arts. 49 y 52.

66. RLNPA, art. 54.

67. RLNPA, art. 67.

En cuanto a la renuncia (que en el RLNPA se denomina “desistimiento del derecho”), esta naturalmente impide volver a promover un nuevo procedimiento “por el mismo objeto y causa”.⁶⁸

La “caducidad” del trámite, entendida como la extinción del mismo por inactividad de la parte, es otra de las cuestiones en las que se verifica una diferencia importante entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial. En este último ámbito, la regla es que la parte interesada está obligada a impulsar el trámite, bajo apercibimiento de declararse su extinción. En el procedimiento administrativo nacional, en cambio, la declaración de terminación sólo es procedente cuando la inactividad es “imputable al administrado”, y en cualquier caso exige que previamente la Administración notifique tal circunstancia, otorgando un plazo suplementario de 30 días (luego del cual “se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente”).⁶⁹

10. Los recursos administrativos

El RLNPA prevé que “[l]os actos administrativos de alcance individual, así como también los de alcance general, a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación, podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos...”. Estos recursos “podrán fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público”,⁷⁰ y “podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo”.⁷¹

Todos los recursos administrativos están consagrados en el RLNPA, a excepción del “recurso de revisión”, que fue incluido en la LNPA⁷². Este

68. RLNPA, art. 68.

69. Conf. art. 1º, e), 9º), LNPA, que también prevé que “[s]e exceptúan de la caducidad los trámites relativos a previsión social y los que la administración considerare que deben continuar por sus particulares circunstancias, o por estar comprometido el interés público. Operada la caducidad, el interesado podrá, no obstante, ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas...”.

70. RLNPA, art. 73.

71. RLNPA, art. 74.

72. De acuerdo a la Exposición de Motivos, esta decisión se explica porque –en la época anterior a la LNPA– el recurso de revisión se entendía regulado por el art. 551

recurso permite la revisión de un acto firme “cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva [...]; cuando después de dictado se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba [...]; cuando hubiere sido dictado basándose en documentos [posteriormente declarados falsos]” o “cuando hubiere sido dictado mediando cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada”.⁷³

En cuanto al resto de los recursos, el RLNPA menciona el de “reconsideración”,⁷⁴ el “jerárquico”,⁷⁵ el “de alzada”,⁷⁶ la “aclaratoria”⁷⁷ y la “queja por defectos de tramitación”.⁷⁸

del Código de Procedimientos en lo Criminal y Correccional (sancionado por ley formal), y para evitar confusiones, se entendió conveniente sustituir que la nueva regulación del mismo proviniera también de una ley formal.

73. LNPA, art. 22.

74. RLNPA, art. 84: “Podrá interponerse recurso de reconsideración contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado y contra los interlocutorios o de mero trámite que lesionen un derecho subjetivo o un interés legítimo. Deberá interponerse dentro de los diez días de notificado el acto ante el mismo órgano que lo dictó, el cual será competente para resolver lo que corresponda...”.

75. RLNPA, art. 89: “El recurso jerárquico procederá contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado [...] Art. 90: El recurso jerárquico deberá interponerse ante la autoridad que dictó el acto impugnado dentro de los quince días de notificado y será elevado dentro del término de cinco días y de oficio al ministerio o Secretaría de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto...”.

76. RNLPA, art. 94: “Contra los actos administrativos definitivos o que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente —emanados del órgano superior de un ente autárquico, incluidas las universidades nacionales— procederá, a opción del interesado, el recurso administrativo de alzada o la acción judicial pertinente”.

77. RLNPA, art. 102: “Dentro de los cinco días computados desde la notificación del acto definitivo podrá pedirse aclaratoria cuando exista contradicción en su parte dispositiva, o entre su motivación y la parte dispositiva para suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas. La aclaratoria deberá resolverse dentro del plazo de cinco días”.

78. RLNPA, art. 71: “Podrá ocurrirse en queja ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurriere durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos. La queja se resolverá dentro de los cinco días, sin otra sustanciación que el informe circunstanciado que se requerirá si fuere necesario. En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya producido y la resolución será irrecurrible”.

IV. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Destaca Cassagne que las funciones de los principios son diversas: “[l]a primera, es servir de fundamento, de base, de causa, al ordenamiento. La segunda, consiste en informar [...] proporcionar un contenido [...] Finalmente, el ciclo se cierra con la función de interpretación...”⁷⁹

Para Escola, los principios dotan al procedimiento administrativo “de su especial individualidad y contribuyen a diferenciarlo del procedimiento judicial [...] De ahí la importancia que tiene estudiar y considerar los principios propios y esenciales del procedimiento administrativo, puesto que este conocimiento permite aprehender toda la gama concreta de los procedimientos, ya sean estos constitutivos o comunes o recursivos”.⁸⁰

Los principios generales vigentes en materia de procedimiento administrativo, en el orden nacional, se derivan de normas de la Constitución Nacional (en particular el art. 18),⁸¹ de los tratados internacionales incorporados a la Constitución,⁸² y de la propia LNPA. Entre los más importantes se menciona generalmente a los principios de legalidad (o de legitimidad), de verdad material, de oficialidad, del informalismo, de gratuidad, de eficacia, y el debido proceso adjetivo —que incluye el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y a una decisión fundada.

Todos estos principios, como apunta Escola, “no son excluyentes unos de otros, sino que, por el contrario, deben aunarse en una aplicación conjunta y armónica, cuyo resultado será la existencia de un procedimien-

79. Cassagne, Juan Carlos, “Principios generales del procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Buenos Aires, ed. Ciencias de la Administración, 1998, pág. 18.

80. Escola, Héctor Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1981, 2ª ed. actualizada, pág. 124.

81. Art. 18, CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos [...]”.

82. Vid., supra, I.1.4.

to administrativo activo, simple, eficaz y al mismo tiempo respetuoso de los derechos e intereses de los administrados”.⁸³ A continuación analizaremos brevemente los más relevantes.

1. El principio de legitimidad (legalidad, y razonabilidad o Justicia)

La doctrina tradicional postula la vigencia, en el ámbito del procedimiento administrativo, del “principio de legalidad”.⁸⁴ Aberastury y Cilarzo explican que “la Administración, en forma obligatoria, debe ajustarse a la ley en su actuación y esa legalidad básica, dentro del procedimiento administrativo, implica ajustar su conducta no solo a las normas que mediatamente interpretan la Constitución sino a la Constitución misma, en forma directa e inmediata. Asimismo, el principio de legalidad resulta el límite ajustado al desvío de poder ya que conlleva la obligación de someter la discrecionalidad a los límites jurídicos razonables de la misma”.

Entendemos, por nuestra parte, que la noción de “legitimidad” es más amplia que la de legalidad, en tanto incluye a esta última –entendida como el apego o conformidad con el ordenamiento jurídico positivo– pero también a la “razonabilidad” de la actuación administrativa,⁸⁵ es decir, en

83. Escola, Héctor Jorge, *Tratado general...*, cit., pág. 149.

84. En un sentido similar, Comadira propone denominar a este principio como de “juridicidad” que “nuclea, en ese sentido, todo el sistema normativo desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente, ciertos contratos administrativos. Con la juridicidad como principio inspirador del procedimiento administrativo se quiere significar, en suma, que el ordenamiento jurídico no es, en dicho procedimiento, un valor renunciabile” (Comadira, Julio R., *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 22).

85. “La razonabilidad, en cuanto exige que los actos estatales posean un contenido justo, razonable y valioso, completa e integra la legitimidad, dejando la ley formal de ser así el único fundamento de validez de los actos estatales” (Cassage, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, cit., tomo II, pág. 29).

sentido amplio, la condición de “justa”⁸⁶ que se predica de la conducta estatal. Por un lado, la necesidad de resguardar la “legalidad formal” en el obrar administrativo resulta del principio de jerarquía de las normas (art. 31, CN) y de la subordinación de la Administración a la ley, que es consecuencia necesaria del Estado de Derecho.⁸⁷ Por el otro, en este terreno no es posible prescindir de la “razonabilidad” o Justicia en tanto este es el valor jurídico supremo y central,⁸⁸ a tal punto que “[e]l fin del Estado consiste, en definitiva, en la realización de la Justicia, cuyo sentido se halla universalmente admitido en todos los pueblos...”.

También pensamos que el reconocimiento del “principio de legitimidad” en el ámbito del procedimiento administrativo es una consecuencia necesaria de su vigencia en todo el ámbito del Derecho Administrativo. Más aún: este principio –en el doble sentido antes expuesto– constituye una de las principales garantías que el llamado *régimen exorbitante* reconoce a los administrados, y el procedimiento administrativo es un instrumento principalísimo al momento de asegurar su vigencia efectiva.

En cuanto a la “razonabilidad”, ésta se traduce –al momento de analizar el “contenido justo, razonable y valioso” de una determinada conducta estatal– en una necesaria “proporcionalidad” entre la finalidad que orienta al acto, y las medidas que este involucra (conf. art. 7º, inc. f., LNPA).⁸⁹

86. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo...*, cit., tomo II, pág. 671. Este sentido compuesto del término “legitimidad” ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia (*in re* “Sola, Roberto y otros c. Estado Nacional”, Fallos 320:2509).

87. Cassagne, *Derecho Administrativo...*, cit., tomo I, pág. 111, y tomo II, pág. 27. La Corte Suprema ha destacado que “es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que esta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del Estado de Derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos (“Naveiro de la Serna de López”, Fallos 315:2771).

88. “La justicia es, sin disputa, el supremo valor jurídico, y como tal ha sido tenido desde antiguo” (Aftalión, Enrique; García Olano, Fernando y Vilanova, José, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, ed. El Ateneo, 1956, 5ª ed., tomo I, pág. 184).

89. El inciso, en su parte pertinente, exige que en el dictado de un acto administrativo “[h]abrará de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor [...] Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad” (el destacado es propio).

2. El principio de “verdad material” o “verdad jurídica objetiva”

De acuerdo a este principio –que difiere de la regla imperante en el ámbito judicial–⁹⁰ el objetivo del procedimiento administrativo (y de la autoridad que lo impulsa) debe ser el esclarecimiento de la verdad jurídica “material” u “objetiva”, aun cuando ello implique prescindir de lo alegado o probado por las partes.⁹¹

El principio aparece expresamente mencionado en la LNPA, cuando –en materia de prueba– se dispone que la Administración debe “requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva”.⁹²

3. El principio de oficialidad

Con la única excepción de aquellos trámites en los que sólo medie un interés privado del interesado, la Administración tiene el deber de impulsar de oficio el procedimiento administrativo, como una lógica consecuencia del interés público involucrado en su prosecución. Por este motivo, el procedimiento adquiere carácter un “inquisitivo” que contrasta con el principio “dispositivo” vigente en el procedimiento civil.⁹³

90. Donde el principio es que el juez está limitado por las alegaciones y pruebas de las partes, aunque lo cierto es que este principio reconoce también importantes limitaciones, ya que –aún en el ámbito del proceso civil– el Juez cuenta con amplias facultades “ordenatorias e instructorias” para “esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes” (conf. art. 36, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) ya que, como hay dicho la Corte Suprema en reiteradas oportunidades, una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva no se compadece con un adecuado servicio de justicia, tal como está garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional (entre muchos otros, conf. *Fallos* 238:550; 296:100).

91. Ampliar en Altamira Gigena, Julio I., “El principio de la verdad jurídica objetiva en el procedimiento administrativo”, en *Cuestiones de procedimiento...*, cit., pág. 563 y sig.

92. Conf. art. 1º, inc. f, ap. 2, LNPA. El texto fue incorporado a la LNPA en su modificación dispuesta por Ley Nº 21.686, dentro de la disposición que trata del “debido proceso adjetivo”, lo que ha merecido la crítica de Cassagne, para quien hubiera sido preferible regularlo separadamente (*Derecho Administrativo...*, cit., tomo II, pág. 672).

93. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, cit., tomo II, pág. 672.

Esta “oficialidad” determina que la autoridad administrativa sea titular de facultades y obligaciones establecidas en la ley y su reglamento, que procuran asegurar la “impulsión e instrucción de oficio” del trámite (por ejemplo, la producción de prueba aun sin mediar petición de parte,⁹⁴ o la obligación de reconstruir los expedientes extraviados,⁹⁵ entre otras).

A su turno, la VwVfG prevé (art. 24) que “[l]a autoridad administrativa procede de oficio a investigar el asunto”, “determina la forma y el alcance de las investigaciones” y “no se encuentra vinculada por las alegaciones y presentaciones de prueba de las partes”.

En la realidad diaria de nuestro país, la impulsión de oficio solo sirve para que el administrado tenga la tranquilidad de que su inactividad no acarreará la caducidad del trámite. Es que, en cuanto al impulso del procedimiento, dice bien Gordillo que “[la] teoría es que la administración impulsa de oficio el expediente, y que el particular no puede impulsarlo; la práctica es que la administración se demora en cada etapa procedimental mucho más tiempo del necesario, y que el particular solamente puede contribuir a acortar en alguna medida ese tiempo, con su perseverancia e insistencia constantes”.⁹⁶

4. El principio de “informalismo” o formalismo atenuado

Este permiso, expresamente mencionado en la LNPA,⁹⁷ determina que se deba excusar la observancia de las exigencias formales no esenciales, “y” que puedan ser cumplidas con posterioridad. La LNPA utiliza la conjunción copulativa “y”, lo que podría conducir a interpretar que –para ser excusable– la exigencia formal debe ser, simultáneamente, no esencial, y susceptible de ser cumplida con posterioridad. A nuestro juicio, si la exigencia es esencial, y susceptible de ser cumplida con posterioridad, solo puede ser excusada temporariamente (postergada) pero finalmente debe-

94. El citado art. 1º, inc. f, ap. 2, LNPA y art. 46, RLNPA.

95. Art. 105, RLNPA.

96. Gordillo, Agustín A., *Tratado...*, cit., tomo 2, pág. X-10.

97. Art. 1º, inc. c).

ría ser exigida, y cumplida, aun con posterioridad. En cambio, si no es esencial, debe ser excusada (definitivamente). En consecuencia, solo serían definitivamente inexcusables las exigencias esenciales que, además, sean insusceptibles de subsanación.

Como apunta Cassagne, por aplicación de este mismo principio “cualquier duda que se plantee en el curso del procedimiento referida a las exigencias formales (cómputo de plazos, legitimación, decidir si el acto es definitivo o de mero trámite, calificación de los recursos, etc.) debe interpretarse a favor del administrado y la viabilidad del recurso”.⁹⁸

La VwVfG, en su art. 10, establece que el procedimiento “no se encuentra sujeto a formas determinadas en cuanto no exista normativa especial sobre la formalidad del procedimiento”, y aun agrega que “[s]u desarrollo será simple, oportuno y eficaz”.

Más adelante agrega una importante obligación administrativa de “asesoramiento e información”, que se vincula tanto con este principio del informalismo como con el anteriormente estudiado de “oficialidad”. Dice en este sentido la VwVfG que “[l]a autoridad administrativa debe fomentar la presentación de declaraciones, la formulación de solicitudes o la rectificación de declaraciones o solicitudes que han sido omitidas evidentemente por inadvertencia o ignorancia o realizadas o formuladas incorrectamente. Ella, en la medida que sea necesario, brinda información sobre los derechos y deberes que tienen las partes en el procedimiento administrativo”, y que esa autoridad “en la medida que sea necesario, discute con el futuro requirente, previo a la presentación de una solicitud las acreditaciones y documentos que deben ser acompañados por este y de que manera pueda ser acelerado el procedimiento. En la medida que pue-

98. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, cit., tomo II, pág. 674. Sobre el tema del formalismo atenuado, ampliar en Monti, Laura M., “El principio del informalismo en el procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo...*, cit., pág. 18; y en Sesín, Domingo J., “El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas”, en *Cuestiones de procedimiento...*, cit., pág. 67 y sig., quien explica que este principio prácticamente no existe en el Derecho europeo, aun cuando las normas de procedimiento regulan pautas, muchas veces flexibles, que permiten que el administrado cumplimente ciertos requisitos con posterioridad (cfr. Sesín, *Ibíd.*, pág. 69).

da acelerar el procedimiento, ella, luego de la presentación de la solicitud, debe informar sin demora al requirente sobre la duración previsible del procedimiento y sobre la totalidad de los documentos agregados al expediente”.

5. El debido proceso adjetivo

Derivado de la garantía de defensa del art. 18 de la Constitución Nacional, este principio se traduce en la vigencia de tres garantías fundamentales para el administrado en el curso del procedimiento: a) el derecho a ser oído antes de la emisión del acto que pueda afectar sus derechos; b) el derecho a ofrecer y producir pruebas; c) el derecho a una decisión fundada, que haga mérito de los principales argumentos planteados en el expediente.⁹⁹

De cada una de estas garantías se derivan poderes jurídicos concretos para el administrado: así, por ejemplo, el derecho a ser oído implica la posibilidad de interponer recursos, de hacerse patrocinar y representar por profesionales abogados, de acceder a las actuaciones por medio de la vista, o presentar alegatos y descargos.¹⁰⁰

La VwVfG, en su artículo 28 (1), establece claramente que “[a]ntes del dictado de un acto administrativo que produzca efectos sobre los derechos de una parte, se le debe otorgar la posibilidad de expresarse sobre los hechos pertinentes de la decisión”. Sin embargo, más adelante agrega que esta audiencia puede ser renunciada cuando no sea necesaria, y especialmente cuando “una decisión inmediata debe ser adoptada por peligro inminente o resulte necesaria por el interés público” o “por la audiencia se comprometa el cumplimiento de un plazo decisivo para la decisión”, o la decisión “no se aparta en su perjuicio de los hechos que una parte haya proporcionado en una solicitud o una declaración”, o cuando “la autoridad administrativa desea dictar actos administrativos de destinatario general o numerosos actos administrativos idénticos o actos administrativos

99. Art. 1º, inc. f), LNPA. Ampliar en Canosa, Armando N., “El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo”, en Cassagne (director), *Procedimiento y proceso...*, cit., pág. 47 y sig.

100. Conf. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, cit., tomo II, pág. 675.

con ayuda de medios automáticos” o, finalmente, si “deben ser adoptadas medidas en la ejecución administrativa forzosa”.

Coviello ha demostrado la vinculación entre el “derecho a ser oído” y la “confianza legítima”¹⁰¹ en su faz procedimental, por ejemplo, cuando se considera que una determinada situación jurídica (emergente de un acto de alcance particular, o de un acto de alcance general) no podría ser alterada sin escuchar al afectado, porque este tiene una legítima confianza en su mantenimiento. Explica este autor que “[l]os primeros pasos para el ingreso de la confianza legítima en el Reino Unido fueron a través del reconocimiento a los administrados del derecho a una audiencia previa a la adopción de una medida administrativa [...] las que se denominaron *procedural expectations*”.¹⁰²

Como explica Coviello, “el desarrollo de este principio de raigambre europea es lento en nuestro derecho administrativo”, y “nuestra doctrina tampoco ha encontrado una referencia concreta que haga el deslinde con otras instituciones”¹⁰³ (como la buena fe, o la doctrina de los actos propios). Es así que el principio no tiene consagración expresa en el régimen de la LNPA y su reglamento, sin perjuicio de su recepción progresiva en algunas sentencias de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo,¹⁰⁴

101. La locución –explica Coviello– deriva de la palabra alemana *Vertrauensschutz*, y tuvo su origen en “una serie de pronunciamientos iniciados en el año 1956, emanados de los tribunales alemanes”. De allí “en poco tiempo logró una expansión notable en los países vecinos, hasta llegar a ser receptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” (Coviello, Pedro J.J., *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, ed. Abeledo-Perrot, 2004, pág. 33).

102. Coviello, Pedro J.J., *La protección...*, cit., pág. 152.

103. Coviello, Pedro J.J., *La protección...*, cit., pág. 274.

104. Ver, por ejemplo, la sentencia de la Cámara Nac. de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala I, del 27.06.2000, donde se expresó que “las actoras estaban ante una firme situación jurídica que puede caracterizarse como de confianza legítima de tipo procesal, en el sentido de que, por expresa disposición reglamentaria –obligatoria para la demandada– se observaría el procedimiento participativo previsto, antes de producir una modificación al sistema de arancelamiento, procedimiento en el cual las actoras podrían aportar los argumentos que daban razón a su posición y a la de los intereses por ellas representados” (citado por Coviello, Pedro J.J., *La protección...*, cit., pág. 273).

y su indudable utilidad –en el plano de las fuentes materiales– como pauta orientadora del alcance que cabe otorgar, en un caso concreto, al “derecho a ser oído”.

A nuestro juicio, también el principio de gratuidad (que asegura que la participación del administrado en el procedimiento no estará condicionada al pago, anterior o posterior, de gastos o tributos) puede vincularse con el del “derecho a ser oído”, y la garantía de la defensa del art. 18 de la Constitución Nacional, ya que de nada vale la declamación de este derecho si su ejercicio efectivo estará impedido, de hecho, por barreras económicas.

6. Otros principios

El cuadro de los principios vigentes en el procedimiento se completa con el principio de eficacia, y sus complementos: celeridad, economía y sencillez.

La LNPA refiere expresamente a estas tres cualidades como requisitos generales del procedimiento,¹⁰⁵ y el RLNPA las destaca objetivos que deben atender los ministros, secretarios de Presidencia de la Nación y órganos directivos de entes descentralizados, al dirigir o impulsar la acción de sus inferiores jerárquicos en el ámbito del procedimiento.¹⁰⁶ De su vigencia resultan diversas facultades y deberes de la autoridad administrativa, las primeras vinculadas al poder de dirección del trámite, y los segundos –en general– asociados a la “oficialidad” tratada *ut supra*.

105. Art. 1º, inc. b).

106. RLNPA, art. 2º.

V. ACCESO A LA INFORMACIÓN ESTATAL Y PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. El acceso a la información estatal en la Argentina

A lo largo del tiempo se han dictado diversas normas que procuraron asegurar la publicidad y el “libre acceso” a la información del Estado, aunque la realidad demuestra que –por un lado– no existe de parte del ciudadano una verdadera conciencia de su derecho a obtener esta información, y –del otro– el Estado, a pesar de lo declamado en estas normas, frecuentemente multiplica las dificultades para impedir este acceso, al menos en los casos que revisten alguna sensibilidad política.

Para no extendernos demasiado con los antecedentes podríamos comenzar por la ley N° 25.152,¹⁰⁷ que incluyó en su artículo 8° una disposición –que continúa vigente– que garantiza el “libre acceso” a cierta información de la administración pública nacional, para “cualquier institución o persona interesada en conocerla”. Esta información, que se detalla en la ley, incluye, entre otros datos y documentos, “todo tipo de contratos firmados por autoridad competente”, “pagos realizados por la tesorería nacional”, “estado de situación, perfil de vencimientos y costo de la deuda pública”, “inventarios de bienes inmuebles y de inversiones financieras”, “información acerca de la regulación y control de los servicios públicos, obrante en los entes reguladores”, más una importante referencia genérica a “toda otra información relevante necesaria para que pueda ser controlado el cumplimiento de las normas del sistema nacional de administración financiera y las establecidas por la presente ley”.¹⁰⁸

En el año 2003, una nueva administración –sin hacer referencia alguna a la ley anterior, que en este aspecto, reiteramos, está todavía vigente– dictó el Decreto N° 1172 en el que se aprobó un “Reglamento General de

107. De 1999, conocida en su momento como “Ley de Convertibilidad Fiscal”.

108. Cfr. Durand, Julio C., “El acceso a la información estatal”, *La Nación*, sección Notas, diario del 28.12.99.

Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional” (art. 1º); también se aprobó el “Reglamento General para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional” (art. 2º); se aprobó el “Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas”, al que más adelante haremos referencia (art. 3º); se aprobó el “Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional” (art. 4º); se aprobó el “Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos” (art. 5º); se estableció “el acceso libre y gratuito vía Internet a la edición diaria de la totalidad de las secciones del Boletín Oficial de la República Argentina, durante el día hábil administrativo de su publicación gráfica (art. 6º) y se dispuso que los anexos de los actos administrativos emanados del Poder Ejecutivo, no publicados en la edición gráfica del Boletín Oficial, “podrán visualizarse en forma libre y gratuita a través del sitio www.boletinoficial.gov.ar”.

En cuanto al “Reglamento General del Acceso a la Información Pública”, que es el que más nos interesa en este punto, es aplicable “en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional” así como a “las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional [y] a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público” (art. 2º).

El reglamento declara que “[t]oda persona física o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado” (art. 6º). Se considera “información” a “toda constancia en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por los sujetos mencionados en el artículo 2º o que obre en su poder o bajo su control, o cuya producción haya sido financiada total o parcialmente por el erario público, o que sirva de base para una decisión de naturaleza administrativa, incluyendo las actas de las reuniones oficiales” (art. 5º).

Los sujetos requeridos deben proveer la información “siempre que ello no implique la obligación de crear o producir información con la que no cuente al momento de efectuarse el pedido, salvo que el Estado se encuentre legalmente obligado a producirla, en cuyo caso debe proveerla” (art. 5º). Los mecanismos de acceso a esta información deben asegurar el respeto de los principios de “igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad” (art. 7º).

La norma es indudablemente valiosa (aunque buena parte de la Administración se empeñe en comportarse como si no existiera) y ha demostrado su eficacia en varios casos en los que se ha debido recurrir al Poder Judicial para exigir el cumplimiento de sus disposiciones, dada la frecuente reticencia del Poder Ejecutivo.

2. El acceso de los administrados al procedimiento administrativo

En el ámbito del procedimiento “recursivo” la legislación garantiza expresamente al administrado–recurrente la participación directa en el trámite en calidad de “parte” (incluyendo la legitimación para presentar el recurso), lo que naturalmente acarrea la posibilidad de acceso al expediente: el art. 38, RLNPA dispone que tanto la parte interesada, como “su apoderado o letrado patrocinante, podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del Ministerio o titular del ente descentralizado de que se trate. El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente...”.

A su turno, la VwVfG establece en su art. 29 (1) que “[l]a autoridad administrativa debe permitir a las partes el acceso a los expedientes correspondientes al procedimiento en la medida que dicho conocimiento es necesario para hacer valer o defender sus intereses jurídicos” aunque lo anterior “no se aplica hasta la finalización del procedimiento administrativo para los proyectos de decisiones ni a los trabajos directamente vinculados con su preparación”. Además, el numeral (2) aclara que “[l]a autoridad

administrativa no se encuentra obligada a permitir el acceso a los expedientes en cuanto ello interfiere en la ejecución regular de las funciones de la autoridad administrativa, que la revelación del contenido de los expedientes pudiera ocasionar perjuicio al bien de la Federación o de un Land, o en cuanto los hechos deben ser tenidos como secretos en virtud de una ley o en razón de su naturaleza, en particular por los intereses legítimos de las partes o de terceras personas”.

En cuanto a los procedimientos “constitutivos” en general, cabe diferenciar aquellos en los que se prepara un acto de alcance particular, de los que consisten en la elaboración de actos de alcance general.

Para el primer caso, la regla general –una vez más– es la indicada en el art. 1º, inc. f) apartado 1, que garantiza al administrado el derecho a “exponer las razones de sus pretensiones y defensas *antes* de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos” (el destacado es propio) por lo que la Administración debería brindar al interesado la posibilidad de hacerse parte del trámite –siempre y cuando no haya sido el propio administrado el iniciador del trámite, en cuyo caso ya habría adquirido calidad de “parte” en forma originaria.

Excluyendo este último supuesto, la *legitimación sustancial* de un administrado, emergente de la potencial afectación de su derecho subjetivo o interés legítimo por el acto a dictarse, implica que ese administrado –hasta entonces un “tercero” respecto del procedimiento– tenga *legitimación procedimental* para ser reconocido como “parte”. Aberastury explica que “la participación del tercero se encuentra receptada, principalmente, en el Artículo 3º [del RLNPA] que establece la posibilidad de iniciar el procedimiento por quien invoque un derecho subjetivo o interés legítimo o que el acto a dictarse lo pueda afectar. La exégesis de este precepto nos indica que a los terceros se los conceptualiza como parte interesada... [Una vez] incorporado al proceso, el tercero se transforma en parte interesada. Resulta imprescindible destacar que la posibilidad de afectar derechos de terceros torna obligatoria la participación de este dentro del procedimiento”.¹⁰⁹

109. Aberastury, Pedro, “La legitimación del tercero en el procedimiento administrativo”, en *Cuestiones de procedimiento...*, cit., pág. 165.

Adquirido el *status* de “parte”, en forma originaria o por citación de la Administración, resultan de aplicación las mismas reflexiones vertidas con anterioridad en cuanto al acceso al expediente.

3. Mecanismos participativos de elaboración de normas generales

Finalmente, en cuanto a los procedimientos administrativos de elaboración de normas generales (cuestión que tiene un desarrollo importante en los Estados Unidos, por ejemplo) cabe recordar que el art. 107 del RLNPA en su redacción original preveía que, en el marco del mecanismo de elaboración de normas de alcance general (incluyendo “los proyectos de leyes que propicie la Administración”), era posible someter las iniciativas “a información pública cuando su naturaleza así lo justifique”.¹¹⁰ El mismo artículo agregaba que “podrá requerirse el parecer de personas o entes ajenos a la Administración, inclusive de los que ostenten la representación de intereses sectoriales”. Sin embargo, este art. 107 fue suprimido por el decreto 1883/91.

Luego de ello, en los marcos regulatorios del gas y la electricidad (Leyes N° 24.076 y 24.065, respectivamente) se incluyeron mecanismos de participación pública como parte del procedimiento de elaboración de normas generales: en este sentido, el art. 70, inc. 10 de la reglamentación de la Ley N° 24.076, aprobada por Decreto N° 1738/92, dispuso que “[l]a sanción de normas generales será precedida por la publicidad del proyecto o de sus pautas básicas y por la concesión de un plazo a los interesados para presentar observaciones por escrito. Excepcionalmente podrá recurrirse al procedimiento de audiencia pública a este efecto cuando la repercusión pública del tema así lo justifique”.

El Decreto (delegado) 1023/01, que estableció el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, dispuso en su art. 8° la publicidad previa de los proyectos de Pliegos de Bases y Condiciones “[c]uando

110. Cfr. y ampliar el tema en Pérez Hualde, Alejandro, “Elaboración participativa de normas: mecanismo de control”, en *Cuestiones de procedimiento...*, cit., pág. 577 y sig.

la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente” con la posibilidad de los interesados de formular observaciones.

En 2003, en el marco del citado Decreto N° 1172, el Poder Ejecutivo estableció un ambicioso “Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas” (Anexo V del Decreto N° 1172/03)¹¹¹ que formalmente continúa vigente, aunque en la práctica ha sido raramente utilizado.¹¹²

Con independencia de estos regímenes –el último de los cuales, como queda dicho, no tiene casi aplicación en la práctica– no hay en la Argentina una tradición real de participación ciudadana en la elaboración de normas generales, ni parece que el tema constituya una preocupación actual de las autoridades políticas.

111. El Decreto aprobó además los Reglamentos Generales de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, y de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, así como los Formularios de inscripciones, registro y presentación de opiniones y propuestas”.

112. Una de las escasas excepciones es la Resolución 142/09 de la Autoridad Regulatoria Nuclear, que “declaró la apertura del procedimiento de Elaboración Participativa de Normas, en relación con el anteproyecto de Norma AR 7.11.1 ‘Permisos Individuales para Operadores de Equipos de Gammagrafía Industrial’” Revisión 3.

Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica

*Por Ricardo Perlingeiro**

*Traducción: Ruth Stella Correa Palacio***

I. INTRODUCCIÓN

1. Proceso o procedimiento administrativo

En Brasil, se prefiere la terminología “proceso administrativo” en lugar de “procedimiento administrativo”, con fundamento en que “proceso” designa el todo teleológico del instituto en tanto que el término “procedimiento” designa apenas el encadenamiento de las fases del proceso (SCHIRATO, 2010, p. 18. FERRAZ; DALLARI, 2007, p. 35).¹ La ex-

* Juez Federal en la Sección Judicial de Río de Janeiro. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Brasileño de Derecho Procesal.

** Consejera de Estado del Consejo de Estado de Colombia. Profesora Catedrática de la Universidad Libre de Colombia y de la Universidad Javeriana. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro de la comisión redactora del Código Colombiano de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, Ley 1437/2011.

1. Odete Medauar llega a afirmar que “La resistencia al uso del vocablo proceso en el campo de la Administración Pública, explicada por el recelo de confusión con el proceso jurisdiccional, deja de tener consistencia en el momento en que se acoge la procesalidad amplia, esto es, la procesalidad asociada al ejercicio de cualquier poder estatal. En conclusión, hay proceso jurisdiccional, proceso legislativo, proceso administrativo; o sea, el proceso recibe el adjetivo del poder o función del que es instrumento. El adjetivo,

presión proceso administrativo, como sinónimo de “procedimiento administrativo”, está presente en la Constitución Federal (CFRB/88) y en la legislación, en especial en la Ley Federal nº 9.784, de 29 de enero de 1999.² Cuando se desea hacer referencia al proceso ante los tribunales, en Brasil, se acostumbra decir simplemente “proceso judicial”, “proceso civil de las causas de intereses de la administración pública” o, más recientemente, “derecho procesal público”, esto por influencia de un sistema monista de jurisdicción que, tradicionalmente, se vale de los principios de derecho procesal civil. Sin embargo, en el presente texto, insistiremos en “procedimiento administrativo”, que es mas comprensible en los sistemas nacionales europeos y latino-americanos.

de esa forma, permite especificar a cuál ámbito de la actividad estatal se refiere determinado proceso” (2010, p. 44). La excepción está con Celso Antonio Bandeira de Mello que, a pesar de admitir el acierto de la nomenclatura “proceso administrativo”, prefirió continuar utilizando la expresión “procedimiento administrativo” más por razones de tradición de derecho administrativo (2006, p. 465). Diogo Freitas do Amaral (2009, p.289-298), en Portugal, noticia que la expresión “proceso administrativo gracioso” fue sustituida por procedimiento administrativo, pero deja a salvo que no niega la naturaleza procesal del procedimiento administrativo. Cita a Marcello Caetano, Marques Guedes, Rui Machete y Alberto Xavier como adeptos de la tesis procesalista de procedimiento administrativo. En sentido contrario, Manuel María Díez “Algunos autores usan los términos proceso y procedimiento como sinónimos. Esta posición es insostenible, ya que no se pueden identificar ambas instituciones ignorando el problema que presentan” (*apud* ABERASTURY; CILURZO, 1988, p. 17).

2. En la CRFB/88, los siguientes dispositivos: Art. 5º, LIV- “ninguno será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal; [...] LV a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general se les asegura la contradicción y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes; [...] LXXII se concede el *habeas-data* [...] b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso confidencial, judicial o administrativo; [...] LXXVIII a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son asegurados la razonable duración del proceso y los medios que garantizan la celeridad de su trámite.” Art. 37, XXI “excepto los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y cesiones serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, el mantenimiento de las condiciones efectivas de la propuesta, los términos de la ley, la cual solamente permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables a garantizar el cumplimiento de las obligaciones”.

2. La ley general brasileña de procedimiento administrativo y sus antecedentes

El derecho administrativo brasileño, con un sistema federal de tres niveles, confiere a cada ente estatal autonomía legislativa para el procedimiento administrativo, sin perjuicio de argumentos en sentido contrario, como el de que, tratándose verdaderamente de “proceso” y no de “procedimiento” administrativo la competencia legislativa sería únicamente de la Unión (LIMA, 2010, p. 53-77).³ De toda suerte, la Ley Federal nº 9.784/99, que tomamos por base para este texto, es considerada la ley general de procedimiento administrativo y aplicable subsidiariamente a los estados y municipios.⁴

Hasta el advenimiento de la aludida ley, en 1999, el sistema brasileño convivía con normas dispersas, excepto en algunos estados de la federación como Sergipe y São Paulo. Ese periodo es recordado por Odete Medauar:

Art. 41, § 1º “El servidor público estable sólo perderá el cargo: [...]II mediante proceso administrativo en que le sea asegurada amplia defensa” Ejemplos en las leyes: Ley No. 8.884/94, Título VI, que utiliza la expresión “proceso administrativo”; Decreto No 2.187/97; Ley No 9.605/98, de Alagoas (Ley No. 6.161/2000) y de Mato Grosso (Ley No. 7.692/2002) utilizan la expresión “procedimiento administrativo” (FERRAZ; DALLARI, 2007). También vale citar el Código de organización y de procedimiento de la Administración Pública del Estado de Sergipe, Ley adicional No 33, de 26 de diciembre de 1996, elaborada, entre otros, por Carlos Ayres de Brito (MELLO, 2006, p. 464).

3. Conforme al art. 22, I de la Constitución “Compete privativamente a la Unión legislar sobre: I derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y de trabajo.”; art. 24 “Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: [...] XI procedimientos en materia procesal”; art. 18 de la Constitución “La organización político-administrativa de la República Federal de Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución.”

4. BRASIL, Superior Tribunal de Justicia. MS 21894/RS. Rel. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 17 dic. 2007. En el mismo sentido, Lucas Rocha Furtado (2007, p. 1213); Claudio Brandão de Oliveira, (2009, p. 325).

Se puede indicar, como ejemplo, los estatutos de servidores, dotados de reglas sobre el proceso administrativo disciplinario, aunque también hay figura la posibilidad de sancionar con base en la llamada “verdad sabida”, sin derecho a la contradicción y a amplia defensa, lo que se convirtió, después, en notoriamente inconstitucional. También en ese periodo se expidió el Decreto 70.235/1972 (al que se le atribuye fuerza de ley), disciplinando el proceso administrativo fiscal; Decreto todavía vigente, con alteraciones posteriores. Dada la ausencia de norma sobre el derecho de defensa para el servidor en etapa probatoria y en virtud de varios despidos o exenciones sumarias impugnadas judicialmente, el Supremo Tribunal Federal, antes de la Constitución de 1988, emitió la Súmula 21,⁵ fijando la exigencia de previa instauración de proceso administrativo (bajo el nombre de investigación). Después de la Constitución de 1988, algunos textos legales específicos vieron la luz, con ítems dedicados al proceso administrativo o con disposiciones garantizadoras de contradicción y amplia defensa. Ejemplos son los indicados a continuación. En la Ley 8.884/94 figura el Título VI bajo el nombre “Del proceso administrativo” (arts. 30 a 53). Por su parte, el Código de Defensa del Consumidor, Ley 8.078/90, contiene capítulo sobre sanciones administrativas, donde varias disposiciones mencionan la aplicación de las penalidades mediante proceso administrativo; el Decreto 2.181/1997 que reglamenta algunos preceptos de aquel, trae un capítulo denominado “Del proceso administrativo”. La Ley 8.666/1993 – Licitaciones y contratos–, en diversas disposiciones, asegura la contradicción y la amplia defensa; así, por ejemplo, en el art. 49. §3º - en caso de deshacimiento del proceso licitatorio; en el art. 78, párrafo único casos de rescisión contractual; art. 87, “caput”⁶ previa defensa del contratado, en caso de aplicación de sanciones por inejecución parcial o total; art. 109, §3º - contradicción de los de-

5. Las súmulas son enunciados que sintetizando las decisiones asentadas por el respectivo tribunal en relación a determinados temas específicos de su jurisprudencia, sirven de orientación a toda la comunidad jurídica.

6. “Caput” es el término, generalmente usado en los textos legislativos, en referencia al enunciado del artículo. Caput viene del latín y significa “cabeza”.

más licitantes, en caso de interposición del recurso administrativo. La llamada Ley de Crímenes Ambientales - Ley 9.605/1998, o art. 70, §4º, determina que las infracciones ambientales sean aclaradas en proceso administrativo, asegurando el derecho de amplia defensa y la contradicción. (MEDAUAR, 2008, p. 197-198).

3. El anteproyecto de Ley nº 9.784/99

El anteproyecto que resultó en la referida Ley nº 9.784/99 fue elaborado por una Comisión instituida en 1995 e integrada por los siguientes juristas: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Inocencio Mártires Coelho e Silva, José Carlos Barbosa Moreira, Adilson Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Eduardo Modesto, Carmen Lúcia Antunes Rocha e Odete Medauar (op. Cit., p. 199). De la exposición de motivos, vale destacar los siguientes apartes:

Atendiendo al mandato del art. 37 de la Constitución, que destacó la aplicación de los principios esenciales de legalidad, impersonalidad, moralidad y publicidad. A ellos fueron, sin embargo sumados otros igualmente estructurales, acogidos en ley, como en la doctrina y la jurisprudencia. [...] El proyecto procura enunciar los criterios básicos a que se deben someter los procesos administrativos en función de los indicados principios, cuidando el conjunto de derechos y deberes de los administrados, así como el deber de la administración de decidir sobre las pretensiones de los interesados. [...] Adoptó la comisión, como regla, el modelo de una ley sobria que, atendiendo la esencia en la regulación de los puntos fundamentales de procedimiento administrativo, no inviabilice la flexibilidad necesaria al área creativa del poder discrecional en medida compatible con la garantía de los derechos y libertades fundamentales. (op. cit., p. 200).

Como se percibe, es característica del derecho administrativo brasileño una constitucionalización marcada por principios que acaban siendo reproducidos en la legislación infraconstitucional.⁷ De acuerdo a la Ley nº

7. Observación de Rodrigo Pagani de Souza (2010, p. 110). La CRFB/88 dispone que “La Administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá los principios de

9.784/99, se aplican a los procedimientos administrativos, también afectos a la Administración Pública, los principios de legalidad, finalidad, interés público, moralidad, igualdad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, publicidad, seguridad jurídica y eficiencia, así como los principios procesales del debido proceso legal, de amplia defensa, contradicción, doble grado, duración razonable, oficiosidad, defensa técnica facultativa, buena fe procesal, protección de intereses colectivos y difusos, imparcialidad, informalidad, prohibición de prueba ilícita, razonable duración del procedimiento administrativo y medidas cautelares.

Ante ese extenso rol de principios, todos relacionados, directa o indirectamente, con el procedimiento administrativo y teniendo en cuenta el objetivo de analizar la forma en que ellos son logrados en la referida ley, vale agruparlos en función del campo predominante de su incidencia: los principios de derecho administrativo y los principios de derecho procesal. Observaremos, todavía, que, dependiendo de la perspectiva, algunos principios se manifiestan de manera diferente en cuanto a los aspectos formales (procedendo) y los aspectos sustanciales (judicando) de la decisión administrativa.

II. ALCANCE Y FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En la dicción de la Propuesta de Código Modelo de Procesos Administrativos (judicial y extrajudicial) para Iberoamérica, se considera procedimiento administrativo, sometido a las garantías de contradicción y amplia defensa, todo y cualquier procedimiento destinado a preparar decisiones que puedan incidir sobre intereses o derechos de los interesados, así como todo y cualquier procedimiento en que se configure una contro-

legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia [...]” (art. 37). El fenómeno también es verificado en Europa, como, por ejemplo, en las Constituciones de Grecia (1975), Portugal (1976) España (1978), Polonia (1997) y República Checa (1992), que contienen reglas sobre procedimiento administrativo (FROMONT, 2006, p.214). La Constitución italiana prevé expresamente los principios de “buon andamento dell’amministrazione” y de la “imparzialità” (art. 97).

versía entre la Administración y el interesado, o entre personas físicas o personas jurídicas de derecho público o privado, cuya solución pueda venir de la Administración.⁸

En ese contexto, el procedimiento administrativo –dotado de amplia defensa y de contradicción efectivos– será previo, de manera que legitime la constitución de actos administrativos individuales que generan efectos restrictivos de derechos o intereses. Con iguales garantías, se encuentran incluidos en la noción de procedimientos administrativo el derecho a la impugnación o de recurso contra los actos o decisiones administrativas adoptadas.⁹

Tratándose de actos generales (concretos o abstractos/reglamentos) o individuales con efectos generales (con elevada complejidad de intereses involucrados) que tengan el potencial de restringir derechos, se admite también el procedimiento administrativo previo, pero, por medio de consulta popular o audiencias públicas.¹⁰ No obstante, en estos casos, es fa-

8. Art. 3º de la Propuesta de Código de Procesos Administrativos (judicial y extrajudicial) para Iberoamérica (texto aprobado en reunión ocurrida en la *Universidad Libre de Colombia*, en Bogotá, los días 28, 29 y 30 de marzo de 2011, por Comisión específica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal compuesta por los profesores: Ada Pellegrini Grinover, Brasil; Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Brasil; Ruth Stella Correa Palacio, Colombia; Eurípides Cuevas, Colombia; Angel Landoni Sosa, Uruguay; Odete Medauar, Brasil; Juan Antonio Robles Garzón, España; Ignacio M. Soba Bracesco, Uruguay; y Rosa Gutiérrez Sanz, España. Propuesta sujeta a revisión por la Comisión revisora y a la apreciación de la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en las Jornadas Procesales de 2012, en Buenos Aires).

9. Según Alfonso Nava Negrete, “Los procedimientos administrativos principales se advierten en la vida legal y práctica de la administración: el de elaboración o producción del acto administrativo y el de impugnación del mismo” (1995, p. 301). En el mismo sentido, Aberastury y Cilurzo (1998, p. 27). El derecho administrativo francés siempre se fundamentó en una dicotomía entre la Administración y los ciudadanos, a la adopción de una decisión y el derecho del ciudadano de impugnarla (FERRIER, 1993, p. 360-361).

10. Allegretti y Pastori (*apud* MEDUAR, 2003, p. 226-227). En Brasil, las consultas públicas y audiencias públicas están reglamentadas en los arts. 31 y 32 de la Ley 9.784/99. La posibilidad de participación, por medio de consulta pública o audiencia popular, en la elaboración de actos administrativos de efectos generales también está presente en la legislación de Costa Rica, de Perú, de México y de Venezuela (BREWER-CARÍAS, 2003, p. 98-99). No obstante, no es común que leyes de procedimiento administrativo reglamenten el asunto, de acuerdo con Hans Meyer (1993, p. 293). En Francia, la

cultad del interesado, en momento posterior, la iniciativa de un procedimiento administrativo, con plenitud de contradicción, para apartar los efectos concretos de los actos generales (o actos individuales con efectos generales), de la misma manera que también es admitido un procedimiento administrativo a cualquier controversia cuya solución pueda venir de la administración.¹¹

Existen, todavía, los procedimientos “interna corporis” destinados a actos o decisiones de organización administrativa o de control que, en tanto comportamientos internos, no generan derechos o deberes a interesados extraños a la Administración. Por esta razón, tales procedimientos no comprenden pretensiones propiamente dichas y, consecuentemente, no reclaman las garantías procesales fundamentales.

participación de los interesados en la toma de decisiones de interés colectivo ha sido un debate difícil, estado a cargo de la Comisión Nacional de Debate Público, hoy con estatus de autoridad administrativa independiente, la función de velar por el fortalecimiento de la participación popular en el procedimiento de elaboración de proyectos urbanísticos de repercusión económica y ambiental (POCHARD, 2008, p. 85-86; FROMONT, 2006, p. 220-221). La ley británica fue la que más invirtió en los procedimientos públicos, por medio de las audiencias públicas: “Incontestablement, c’est le droit britannique qui a donné le plus d’importance aux procédures publiques qui sont appelées enquêtes publiques. Ce qui caractérise les enquêtes, c’est que celles-ci commencent par des mesures de publicité permettant à l’ensemble des personnes intéressées de prendre part aux audiences qui sont ensuite organisées de façon contradictoire selon un modèle quasi juridictionnel, mais qui ne portent en principe que sur la situation de fait du territoire concerné, ce qui permet ensuite à l’autorité administrative compétente de prendre en considération des objectifs qui dépassent le strict cadre territorial” (op. cit., p. 220)

11. Al respecto de la tipología del procedimiento administrativo, vale consultar Odete Medauar (2008, p. 134-140). También ver ítem 5.1. y notas de pie de página sobre los procedimientos administrativos con pretensiones cuyos fundamentos comprendan cuestiones de interés general.

III. PRINCIPIOS DE DERECHO MATERIAL

1. Principios de legalidad, de finalidad y de interés público

El principio de legalidad tiene como objetivo la sumisión de la Administración al derecho, y su previsión en las leyes de procedimiento administrativo tiende a reforzarlo, conforme consta en la ley peruana: “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.”¹² Según Brewer-Carías (2003, p.3), el principio de legalidad se desdobra en otros cuatro principios fundamentales: el principio de sumisión al derecho; el principio de jerarquía, que por vía interpretativa de las leyes permite afianzar la legalidad; el principio de organización administrativa, que configura también un marco de legalidad; y, por último, el principio de los límites de la discrecionalidad, o sea, la reducción de la arbitrariedad, que igualmente, encuentra consagración positiva.¹³

En cuanto al principio de finalidad, Bandeira de Mello (2006, p. 103) resalta su íntima relación con el principio de legalidad: “En rigor, el principio de finalidad no es una consecuencia del principio de legalidad. Es más que eso: es una inherencia de él; está en él contenido, pues corresponde a la aplicación de la ley tal cual es: o sea, en la conformidad de su razón de ser, del objetivo a la vista por el que fue expedida. Por eso se puede decir que tomar una ley como soporte para la práctica de un acto incompatible con su finalidad no es aplicar la ley; es desvirtuarla; es burlar la ley so pretexto de cumplirla. De ahí el porqué esos actos incurridos en este vicio –denominado ‘desvío de poder’ o ‘desvío de finalidad’– son nulos. Quien desatiende al fin legal desatiende la propia ley”.

12. Ley No. 27.444/2001 (Ley de procedimiento administrativo general, art. IV, 1.1, del Título Preliminar).

13. Segundo Aberastury y Celurzo, del principio de legalidad son extraídos los principios de informalidad y de oficiosidad (1998, p. 29-34), y del principio de debido proceso legal, el de amplia defensa,- el de ofrecer y producir pruebas y el derecho a una decisión fundamentada (op. cit, p. 34-38).

El principio de interés público, norte del derecho administrativo, es ilustrado por la ley de procedimiento administrativo de Costa Rica: “1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. 2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto. 3. En la apreciación del interés público se tendrán en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.¹⁴ En el mismo sentido, Allegretti anota que el interés público no pertenece a la Administración como suyo propio, más al cuerpo social y nace de la composición entre los varios intereses públicos, los intereses privados y los de grupo (admitida, por tanto, una relación de composición entre los diversos intereses, y de contraposición extrínseca).¹⁵

Se registra, aún, que “la atención al interés público reside en la propia preservación de los derechos fundamentales (y no en su limitación en pro de algunos intereses opuestos de la colectividad), e impone a la Administración el deber jurídico de ponderar los intereses en juego, buscando su realización hasta un grado máximo de optimización.”¹⁶ El interés público es esencialmente interdisciplinario y propio de la Ciencia de la Administración (WOLFFE, 2006, p. 424), y, en el campo de la justicia administrativa brasileña, el “interés público” viene siendo relacionado con la “judicialización de las políticas públicas” y, consecuentemente, con la necesidad de constante ponderación sobre temas de áreas de conocimiento distintas, lo que justifica tentativa de formación interdisciplinar de los magistrados.¹⁷

14. Ley 6227/1978 (Ley General de la Administración Pública), de autoría de Eduardo Ortiz Ortiz.

15. Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa, Scritti in onore di Massimo Severo Gianini, 1988, v. 3, p. 7, (*apud* MEDUAR, 2003, p. 192).

16. Gustavo Binenbojm (2008, p. 31; 81 y siguientes) “no niega el concepto de interés público, más tan solamente la existencia de un principio de supremacía del interés público.”. Sostiene que el interés público reclama siempre un juicio de ponderación por el postulado de proporcionalidad (*op. cit.*, p. 309).

17. Relacionando “interés público” a “judicialización de las políticas públicas”: Kazuo Watanabe y Carlos Alberto de Salles (2003, p. 19; 66-70). En la misma dirección, consta el Proyecto Académico del Programa de Pos-Graduación Justicia Administrativa/PPGJA: “La

Los tres principios supramencionados no han pasado desapercibidos por la ley general brasileña. El principio de legalidad está plasmado en el art. 2º, parágrafo único, inciso I, donde consta que los procesos administrativos deberán ser “conforme a ley y a derecho”, y los de finalidad y de interés público en los incisos II, III, y XIII del mismo artículo, así que serán observados los criterios de “atención a los fines de interés general [...]”, de “objetividad en la asistencia del interés público” y de “interpretación de la norma administrativa de la forma que mejor garantice la atención del fin público”.

ofensa al interés público, al ser considerado un límite a la ejecución de las decisiones judiciales contra la Administración Pública, no rara vez, lleva al juez, cuando se trata del juzgamiento sobre la procedencia de los derechos del ciudadano, al deber de ponderar el interés público y, por esto se confunde con el poder estatal de realizar valores constitucionales (políticas públicas), lleva, aún, al juez la misión de exteriorizar el papel actual del judiciary, que deja de ser apenas correctivo (retributivo), para también transitar por el camino de la justicia distributiva. A eso, se añade la indeterminación de las expresiones jurídicas ‘interés público’ y ‘valores constitucionales’, íntimamente vinculadas al orden socioeconómico, llevando la inseguridad y la falta de previsibilidad de los juzgamientos, delante de la idea de que valores socioeconómicos pueden influir directamente el esfuerzo hermenéutico del juzgador, aunque no hayan sido previa y suficientemente consagrados por la norma. Por tanto, se parte de una premisa metodológica: la de que toda secuela en las relaciones socioeconómicas provocadas por la jurisdicción administrativa puede ser traducida como una consecuencia jurídica y, como tal, despreciada por el juzgador. Se parte, aún, de la premisa de que el juez administrativo, delante de alegación de ofensa al interés público, se vale de aspectos socioeconómicos tanto de la ponderación de valores constitucionales o de la aplicación de los postulados de proporcionalidad o de razonabilidad para fundamentar sus decisiones siguiendo las garantías del debido proceso legal y de proceso justo. De hecho, una decisión que ignore la realidad socioeconómica, en ciertos casos, podrá ser considerada “ilegítima”, “injusta” o “insostenible” desde el punto de vista socioambiental o, aún, rotulada de “decisión materialmente imposible”, contribuyendo para el descrédito del poder judicial. Todavía, admitida esa influencia socioeconómica sobre el juzgador, si de un lado se busca un proceso justo, de otro se mantiene y se estimula la falta de seguridad y de previsibilidad de las decisiones judiciales, en especial en razón del casi inexistente, a pesar de necesario, diálogo entre juristas, sociólogos y economistas, única forma capaz de propiciar a los juzgadores el conocimiento de los axiomas de naturaleza socioeconómica. En ese contexto, el diálogo a partir de una concepción de justicia distributiva y de desarrollo sostenible, de una nueva visión del concepto de interés público, y de situaciones concretas, debe buscar un referencial e intentar identificar

2. Principio de proporcionalidad

La doctrina brasileña tiende a establecer una identidad entre los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. “En rigor, el principio de proporcionalidad no es sino una faceta del principio de razonabilidad. Merece un destaque propio, una referencia especial, para una mayor visibilidad de la fisonomía específica de un vicio que puede surgir y relacionarse con esta función de desproporcionalidad del acto, señalándose, de esta manera, las posibilidades de corrección judicial apoyándose en este fundamento. Siendo un aspecto específico del principio de razonabilidad, se entiende que su matriz constitucional sea la misma.” (MELLO, 2006, p. 107-108).¹⁸

A pesar de que ambos principios están mencionados en el art. 2º, *caput*, solamente el de proporcionalidad fue explicado en la ley nº 9.784/98, encontrándose dispuesto en los siguientes términos: “adecuación entre medios y fines, vedada la imposición de obligaciones, restricciones y sanciones en medida superior a aquellas estrictamente necesarias a la atención del interés público” (art. 2º, VI). Nótese que el referido principio, en la legislación, viene relacionado con el “interés público” y, naturalmente, será utilizado, al lado de los principios de igualdad, buena fe y protección de la confianza legítima, cuando se trata del ejercicio de un poder administrativo discrecional.¹⁹

criterios (impersonales y abstractos) claros y objetivos que sean capaces de dimensionar económicamente los valores constitucionales tensionados en los conflictos de intereses de la Administración Pública. Consta en el Proyecto Político Pedagógico del Plan Nacional de mejoramiento y de investigación para jueces federales/PNA 2008-2009, del Consejo de Justicia Federal, que “las decisiones judiciales no son más decisiones estrictamente técnico-jurídicas, más también son decisiones políticas, interfiriendo en la esfera de otros poderes y con amplia repercusión social. Es una realidad la creciente judicialización de las políticas públicas, principalmente en el área social, e, inversamente, como el otro lado de la moneda, la politización del judiciario” (Universidad Federal Fluminense/Núcleo de Ciencias del Poder Judiciario, Proyecto Académico del Programa de Pos-Graduación Justicia Administrativa-PPGJA, Niterói, 2008).

18. Ver también Odete Medauar (2003, p. 244).

19. Art. 4º del Código modelo de jurisdicción administrativa para Euro-América: “Cuando la Administración haya ejercido facultades discrecionales, el Tribunal examinará especialmente: [...] c) si han sido vulnerados derechos fundamentales o principios,

3. Principio de moralidad

El principio de moralidad impone a la Administración una actuación conforme a los principios éticos de probidad, decoro y buena fe, en los términos del art. 2º, IV, de la ley nº 9.784/98, el ejemplo, también, del reciente Código colombiano de procedimiento administrativo (Ley nº 1437/2011), y de la legislación de Panamá y de Chile.²⁰ La dificultad, con todo, reside en identificar los patrones de moral automáticamente aplicables a los casos concretos, lo que viene siendo una preocupación en Brasil, ante las severas consecuencias de deshonestidad en su sistema jurídico (FERRAZ; DALLARI, 2007, p. 86).²¹ Si la moral administrativa ha de ser

como el de igualdad, proporcionalidad, interrupción de la arbitrariedad, buena fe y protección de la confianza legítima” (texto elaborado durante los tres seminarios de investigación euro-americana “Código modelo de jurisdicción administrativa”, organizados por el grupo de investigación “Efectividad de la jurisdicción” en la Universidad Federal Fluminense, Niterói, y en la Universidad Alemana de Ciencias de la Administración Pública, Speyer, entre los años 2008 y 2010; aprobado en el III seminario que ocurrió en septiembre de 2010, en Niterói. Participaron de la elaboración: Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Grabele Bottino, David Capitant, Jesús María Casal, Diana-Urania Galleta, Ricardo García Macho, Leonardo Greco, Lorena Ossio, Gilles Pellissier, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva y Karl-Peter Sommermann).

20. Allan R. Brewer-Carias, “Los principios del procedimiento administrativo en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo de Colombia.” Texto de la conferencia en el seminario Internacional de presentación de la Ley 1437 de 2011, organizado por el Consejo de Estado, Bogotá, 1 de feb. 2011. Disponible en: www.allanbrewercarias.com. Acceso em: 14 abr. 2011.

21. BRASIL. CRFB/88. Art. 37, § 4º “los actos de deshonestidad administrativa comportarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, en la forma y gradación previstas en la ley, sin perjuicio del acto penal adecuado.” Art. 55. “Perderá el mandato el Diputado o Senador: [...] II cuyo procedimiento fuera declarado incompatible con el decoro parlamentario.”

Art. 85. “ Son crímenes de responsabilidad los actos del Presidente de la República que atenten contra la Constitución Federal y, especialmente, contra: [...] V la honestidad en la administración.” Ver también la Ley No. 8.429/92 (Ley de deshonestidad administrativa), que dispone sobre las sanciones aplicables a los agentes públicos en los casos de enriquecimiento ilícito en ejercicio del mandato, cargo, empleo o función en la administración pública directa, indirecta o fundacional y de otras medidas.

examinada en el campo de la justicia administrativa, nuevamente estaremos delante de una jurisdicción administrativa cuya calidad depende cada vez más de una perspectiva interdisciplinaria.²²

Sin embargo, anota Lucas Furtado (2007, p. 104-105) que no se quiere que la moralidad sea reducida a legalidad, porque no fue ese el propósito de la Constitución (art. 37) ni de la Ley nº 9.784/99. En ese sentido, decidió el Supremo Tribunal Federal, al considerar constitucional una medida administrativa del Consejo Nacional de Justicia (órgano administrativo disciplinario) que prohibía el nepotismo en el ámbito de la estructura administrativa del Judiciario, sin que esa prohibición se derivara de la ley, mas apenas de la moralidad.²³

4. Principio de motivación

La motivación del acto administrativo es relevante para asegurar el control de los criterios adoptados por la administración cuando hay opción por una u otra de las alternativas que la ley le permite. No obstante, en los “actos administrativos vinculados, en que hay aplicación casi automática de la ley, no existiendo campo para interferencia de juicios subjetivos del administrador, la simple mención del hecho y de la regla de derecho puede ser suficiente, por estar implícita la motivación.” (MELLO, 2006, p.108).

En el procedimiento administrativo, la motivación es más amplia, debiendo comprender la indicación de las alegaciones fácticas y jurídicas hechas por los interesados en ejercicio de sus derechos de petición, de defensa y de contradicción. Así viene diciendo el Supremo Tribunal Federal, sobre la influencia de la jurisprudencia de *Bundesverfassungsgericht*, según la cual el derecho de defensa y de contradicción envuelve no solo el derecho de manifestación y el derecho de información, sino también el

22. V. Proyecto Académico Programa de Pos-Graduación Justicia Administrativa, Universidad Federal Fluminense/Núcleo de Ciencias del Poder Judicial, Niterói, 2008.

23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.617/DF. Brasília, DF. (FURTADO, 2007, p. 104-105).

derecho del individuo de ver sus argumentos contemplados por el órgano judicial.²⁴ Además, partiendo del concepto de que el derecho de petición y el derecho de defensa alcanzan el derecho a una segunda instancia, la motivación es condición *sine qua non* para el ejercicio de esos derechos, puesto que no es viable un recurso contra decisiones sin motivación.

En síntesis de Fromont (2006, p. 226), la motivación de las decisiones administrativas tiene doble función: “D’une part, elle est un simple prolongement des droits de participation et fait partie du mouvement tendant á judiciariser et á démocratiser la procédure administrative. D’autre part, elle contribue au respect du droit en ce qu’elle rend plus aisé á la fois la decision de l’intéressé de asisir ou non le juge et le contrôle du juge sur la conformité de la decisión au droit”.

La necesidad de motivación en los términos de la Ley nº 9.784/98, corresponde al deber de indicar los presupuestos de hecho y de derecho que determinan la decisión (art. 2º, VII), principalmente cuando fuere el caso de negar, limitar o afectar derechos o intereses (art. 50, del inciso I al VIII) o de adoptar medidas urgentes (art. 45). La motivación debe ser explícita, clara y congruente, admitido, sin embargo, valerse de los fundamentos de decisiones o dictámenes anteriores, que en este caso pasan a hacer parte integrante de la decisión (art. 50, § 1º). No obstante, se aceptan decisiones con motivaciones estandarizadas, para casos análogos desde que sean respetadas las eventuales peculiaridades de los derechos de los interesados (art. 50, § 2º).

5. Principio de publicidad

El principio de publicidad, que pretende la transparencia, tiene rango constitucional (art 37) y está previsto en el art. 2º, V, de la ley en comentario, siendo excepcionado por los casos de sigilo para defensa de la inti-

24. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 25787/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasilia, DF. (OLIVEIRA, 2009, p. 53-54). La propuesta de Código Modelo para Iberoamérica incluye el concepto de contradicción y derecho a una decisión administrativa motivada (Ada Pellegrini y otros, Bogotá, 2011).

midad o cuando el interés social lo exige, conforme al art. 5º, LX, de la CRFB/88.²⁵ También está íntimamente vinculado con el derecho a la información administrativa y el derecho de acceso a los archivos y documentos públicos (art. 5º de la CRFB/88, incisos XXXIII, XXXIV, b, y LCCII),²⁶ en detrimento del principio de secreto administrativo (BREWER-CARIAS, 2003, p. 109. AMARAL, 2009, p. 305).²⁷

Con todo, es importante registrar que la publicidad en el procedimiento administrativo se limita, correctamente, a los actos y las decisiones administrativas, de modo que, el acceso a los actos procesales, en pleno, comprendiendo documentos y otros escritos, solamente puede ser ejercido por los interesados (arts. 3º, II, y 46) y, eventualmente, por los abogados.²⁸ Esto quiere decir que es derecho del interesado que no sean reveladas las informaciones en poder de la Administración referentes a su vida personal y a secretos profesionales o comerciales.²⁹

25. BRASIL. CRFB/88, Art. 5º, LX “la ley sólo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exijan.”

26. BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, XXXIV “son a todos asegurados, independientemente del pago de tasas: [...] b) la obtención de certificados en oficinas públicas, para la defensa de derechos y clarificación de situaciones de interés personal”; [...] LXXII “se concede el *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a personas del peticionario, constantes en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso confidencial, judicial o administrativo.”

27. En el derecho francés, la idea original era que las decisiones –unilaterales– resultaban en la ausencia de procedimiento administrativo y, da, también la idea de que la acción administrativa debería ser secreta (FERRIER, 1993, p. 360-361).

28. Art. 7º, XIII, de la Ley No. 8.906/94 (dispone sobre el Estatuto de la Abogacía y la Orden de los Abogados de Brasil-OAB): “Son derecho del abogado: [...] XIII examinar, en cualquier órgano de los poderes judicial y legislativo, o de la Administración Pública en general, autos de procesos terminados o en trámite, igual sin apoderado, cuando no estén sujetos a reserva, garantizada la obtención de copias, pudiendo tomar notas”.

29. Esa es una regla de la ley alemana (§30 VwVfG): Los interesados tienen derecho a que las materias sujetas a secreto, en especial las relativas al dominio de su vida privada, así como al dominio industrial o comercial, no sean reveladas sin su autorización (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ALEMÁN, 1996, p. 67). A propósito el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 65, I (44)) decidió que “los peligros que entrañan las bases de datos informáticos para el derecho a la propia personalidad deberán contrarrestarse ‘con previsiones de carácter organizativo y procedimental’”. (SCHIMIDT-A&MANN, 1993, p. 328).

En Brasil, existe una visión diferenciada del principio de publicidad, que, en el campo del proceso judicial, viene siendo interpretado hasta las últimas consecuencias, al punto de que los autos y los documentos de las partes están disponibles íntegramente a cualquier persona, con o sin interés en la causa, inclusive con la posibilidad de acceso vía *internet*, lo que en verdad, constituye un factor de intimidación y restricción de la intimidad y, por tanto, de negativa de acceso a la justicia.³⁰

6. Principio de igualdad y de paridad de armas

La impersonalidad administrativa, indicada en el art. 37 de la CRFB/88, corresponde al principio de igualdad administrativa y no pasa de una especificidad del principio general de igualdad previsto en el art. 5º, *caput*, del texto constitucional.³¹ Tal principio, también previsto en la Ley nº

30. En opinión de Leonardo Greco (2009, p.558), “En otro aspecto, nuestra publicidad es más amplia que la de los países europeos. Entre nosotros todas las piezas de los autos son accesibles al público, en tanto que en la Europa continental, bajo el argumento de la protección de la privacidad de las partes, solamente la audiencia oral y la sentencia son públicas, de modo que los documentos anexados a los autos son accesibles apenas a las partes. Por el principio de publicidad, todos los ciudadanos, independientemente de tener o no interés en el proceso, son titulares del derecho cívico de acceso al contenido de todos los actos procesales y de observar con su presencia física los actos procesales solemnes u orales”. Con esa misma orientación, el ya transcrito art. 7º, XIII, de la Ley No. 8.906/94. En sentido contrario, a mi modo de ver acertadamente, la reciente Consolidación de Normas de la *Corregedoria* (Corregedoria es un órgano correccional de jueces y servidores de la justicia) de la Justicia Federal de la 2ª Región (arts. 190 y siguientes), que interpretando el principio de publicidad, limitó el acceso público apenas a las decisiones: “La publicidad de los actos procesales no exime al juicio de los cuidados necesarios a la preservación del secreto establecido por ley sobre datos, documentos e informaciones contenidos en autos de procesos en curso, aunque no se tramite en secreto de justicia” (Tribunal Regional Federal de 2ª Región, Consolidación de normas de magistratura-Regional de la Justicia Federal de la 2ª Región, Rio de Janeiro, 2001. In: http://www.trf2.jus.br/corregedoria/documentos/consolidacao_de_normas/consolidacaodenormas.pdf. Acceso en: 19 abr. 2011.

31. A propósito del tema, el principio de impersonalidad recibe varias interpretaciones de la doctrina brasileña. “Para José Afonso da Silva, ‘significa que los actos y provisiones administrativos son imputables no al funcionario que los practica, sino al órgano o entidad administrativa en nombre de la cual actúa el funcionario... Por consiguiente, el

9.784/99, debe guiar el contenido de las decisiones y de los actos administrativos, que jamás deben implicar tratamiento diferenciado de ciudadanos que se encuentren en idéntica situación.³² Además de eso, incidiendo inevitablemente en la justicia administrativa, la impersonalidad de la Administración Pública es el epicentro de uno de los mayores desafíos de la doctrina y del legislador contemporáneo, en tanto determinados a la disminución de los procesos judiciales repetitivos en materia de derecho público.³³

En la ley brasileña, el referido principio justifica la exigencia de motivación siempre que la Administración Pública deja de aplicar la jurisprudencia administrativa sobre la cuestión (art. 50, VII) o de seguir *súmula* vinculante del Supremo Tribunal Federal (art. 64-A), y, aún, el deber de la Administración de adecuar, cuando sea necesario, en las *súmulas* vinculantes, las futuras decisiones administrativas en casos semejantes (art. 64-B).

El principio de igualdad también debe ser invocado con una función mas procesal, en dirección de la paridad de armas, corolario del principio de contradicción, que, en este punto, no opera con tanta claridad en las legislaciones de procedimiento administrativo, tal como ocurre en las de justicia administrativa o en derecho procesal civil (BARRETO, 2010, p.

administrado no se confronta con el funcionario que expidió el acto, sino con la entidad cuya voluntad fue manifestada por él.' Hely Lopez Meirelles asoció la impersonalidad al principio de finalidad, que se expresa como atención del interés público; el administrador queda impedido de buscar otro objetivo o de practicarlo en interés propio o de terceros. En entender de Bandeira de Mello, impersonalidad "traduce la idea de que la Administración tiene que tratar a todos los administrados sin discriminaciones, benéficas o adversas. El principio en comento no es sino el propio principio de igualdad o isonomía". (MEDUAR, 2008, p. 92-93).

32. BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, *caput* "Todos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: [...]" Art. 37. "La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia [...]"

33. "El Judiciario debe ser destinatario del principio de la isonomía, buscando tratar igualmente a los jurisdicionados que se encuentren en la misma situación fáctica. Con base en esta orientación, se justifican determinados instrumentos procesales, tales como: las acciones colectivas, las 'súmulas' vinculantes y el proceso ejemplar, que también sirven a la idea de una amplio acceso a la justicia y a la reducción de los procesos

167-169).³⁴ La legislación brasileña de procedimiento administrativo, por ejemplo, es omisa. Siguiendo la Corte Europea de Derechos Humanos, en función del principio de paridad de armas, las partes deben tener la misma oportunidad de acceso, de comentario y de refutación de las pruebas y de otros elementos del proceso, así como idéntica posibilidad de interrogar testigos y peritos (op. Cit., p.167).

judiciales repetitivos o de las causa de masa. No obstante, tratándose de causas de derecho público, en la cual esté en juego comportamiento o actuación administrativa de alcance general, la isonomía que sigue de la decisión jurisdiccional es doblemente necesaria, en función del deber de igualdad a que siempre fue vinculada la Administración Pública en la esfera material y extrajudicial. No sería lógico que una actuación administrativa originalmente dirigida a la colectividad, una vez judicializada, fuese oponible solamente a los que demandaron; el Judiciario no debe ser asociado a una exégesis que sea capaz de romper con el principio de isonomía administrativa” (PERLINGEIRO, 2011). En una decisión de la Justicia Federal de Río de Janeiro, que decidió sobre un comportamiento de alcance general de la Administración Pública, fue expresado el siguiente entendimiento: “[...] Nótese que el derecho a un recurso administrativo efectivo, ora declarado a los autores, posiblemente será invocado por gran parte de aquellos que se juzgan titulares de inmuebles alcanzados por el despacho demarcatorio, vale decir, por algunos miles de personas. Por lo tanto, mientras que estuviere en vigor la presente sentencia, sería altamente recomendable que la Administración Pública adoptase, voluntaria y extrajudicialmente, una postura uniforme e isonómica a favor de la colectividad, en lo tocante a los deberes ahora impuestos (excepto en cuanto a los que han dado su acuerdo expresa o tácitamente con el comportamiento de GRPY-RJ). Con esto, se evitaría la pulverización de los litigios de masa, el desgaste institucional correspondiente y la sensación de injusticia generalizada, rayando la inestabilidad social, en razón del potencial riesgo de desigualdad de tratamiento por el poder público. Administración Pública y Poder Judiciario a miles de personas en la misma situación fáctica. [...]” (JFRJ, Acción Ordinaria No. 200651020013760. Juez Ricardo Perlingeiro, j. 2 octubre 2007).

34. A pesar de no estar en la VwVfG, se admite, en tesis, la paridad de armas en el procedimiento administrativo alemán (Alexandra Lindemeier, *Waffen- und Chancengleichheit im deutschen und englischen Zivilprozess - Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, Verlag Dr. Dovaé).

7. Principio de seguridad jurídica

En cuanto al principio de seguridad jurídica, la ley brasileña de procedimiento administrativa, respondiendo a las críticas adoptó las siguientes reglas: 1- prohibición de la interpretación retroactiva de la norma administrativa (art. 2º, XIII); 2- necesidad de motivación cuando no se aplica jurisprudencia administrativa o *súmula* vinculante (arts. 50, VII, y 64-A); 3- necesidad de motivación de los actos o decisiones que comporten anulación, revocación, suspensión o convalidación del acto administrativo (art. 50, VIII); 4- respeto de los derechos adquiridos como condición de la revocación de los actos administrativos (art. 53); 5- decaimiento de 5 (cinco) años para poder anular actos administrativos con efectos favorables, salvo comprobada mala fé (art. 54); 6- posibilidad de convalidación de actos con defectos que no supongan lesión al interés público o de terceros (art. 55).³⁵

IV. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL

1. Derecho de petición y principio de amplia defensa

Los derechos de petición, de amplia defensa y de contradicción se relacionan con el debido proceso legal y conducen el procedimiento administrativo, en el sentido de efectivizar la participación de los interesados en las decisiones y comportamientos administrativos que les afecten.³⁶

Los derechos de petición y de amplia defensa en los procedimientos administrativos, también indicados por la CRFB/88 (art. 5º, incisos XXXIV,

35. Las críticas a la consecución de este principio de seguridad jurídica en la ley brasileña de procedimiento administrativo constan en el ítem 5.2 de este texto.

36. Brewer-Carias entiende que el principio de participación comprende el derecho de petición, el de contradicción y el de publicidad (op. Cit., p. 69-121). La Constitución de Portugal impone en la ley el derecho de participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones o deliberaciones que tengan relación con ellos (art. 267, n. 5).

a, y LV),³⁷ orientan directamente diversas reglas de la Ley n° 9.784/99, dentro de las cuales: la posibilidad del interesado de dar inicio a un procedimiento administrativo (art. 5º), de presentar alegaciones y pruebas antes de las decisiones y de interponer recursos (arts. 2º, X, y 3º, II); la garantía de los derechos al conocimiento, citación y comunicación –previa y posterior– de las decisiones que puedan resultar en imposición de deberes, cargas, sanciones o restricción de derechos y actividades o que sean simplemente de interés del ciudadano (arts. 2º, X, 3º, I y II, 26, 28, 46 y 64, párrafo único); a la consulta pública, típico medio de participación de los actos generales o con efectos generales (art. 31),³⁸ y el derecho al recurso (art. 56).

Excepcionalmente, en casos de urgencia, el derecho a amplia defensa puede ser restringido a favor de la Administración, conforme a lo previsto en la ley brasileña: “en caso de riesgo inminente, la Administración Pública podrá motivadamente adoptar medidas cautelares, sin previa manifestación del interesado” (art. 45).³⁹ Se registra, por apropiado, que son justamente las situaciones de urgencia, tales como de riesgo a la vida y de riesgo a la seguridad, las que autorizan una actuación administrativa de fuerza, provista de autoejecutoriedad, y no sujeta a intervención jurisdiccional previa.⁴⁰

37. BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, XXXIV “son a todos garantizados, independientemente del pago de tasas: a) el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra ilegalidad o abuso de poder [...]” LV “a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y los acusados en general son garantizados la contradicción y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes”.

38. Brewer-Carias cita la legislación venezolana, costa-riqueña, mexicana, peruana, como ejemplos de reglas que prevén el derecho de participación en la elaboración de actos con efectos generales (2003, p.98). La ley portuguesa 83/95 prevé el derecho de participación popular en los procedimientos administrativos referentes a salud pública, medio ambiente, calidad de vida o patrimonio cultural (AMARAL, 2009, p. 306).

39. En el derecho administrativo portugués, el estado de necesidad y la urgencia autorizan a la administración a actuar sin un procedimiento administrativo previo (AMARAL, op. cit., p. 336; CAETANO, 1994, p. 1305-1307).

40. Curiosamente, el surgimiento del procedimiento administrativo en Inglaterra y en los Estados Unidos es atribuido al principio constitucional de debido proceso legal, una vez que, todavía en el siglo XIX, la Administración Pública en aquellos sistemas de jurisdicción no tenía la prerrogativa de ejecución forzada de sus propios actos y, cuando se vio delante de situaciones de emergencia, en que no había como esperar del judiciary una providencia jurisdiccional ejecutiva, pasó la legislación a autorizar un

2 Principio de contradicción

La Comisión del Instituto Iberoamericano destinada a la elaboración de un código modelo, describió así el principio de contradicción en el procedimiento administrativo: “El de contradicción implica el derecho de ser informado de la instauración del proceso y de todas las fases y medidas subsiguientes, pudiendo el interesado acompañarlo y presentar argumentos, datos, documentos y pruebas a su favor. La contradicción solo podrá ser sucesiva a la producción de pruebas cuando se trate de anexar documentos preconstituidos o de pericias urgentes, permitida la presentación de preguntas al perito, su versión en contradicción y ofrecimiento de informes por los sujetos. Las decisiones resultantes del proceso administrativo deberán ser motivadas, de modo explícito, congruente y claro, con indicación de los hechos y de los fundamentos jurídicos, pudiendo referirse a elementos de anteriores opiniones, decisiones, informaciones o propuestas, los cuales integrarán el acto decisorio. La motivación de las decisiones de órganos colegiados o las decisiones orales será indicada en la respectiva acta o en término escrito.”⁴¹

El principio de contradicción en el derecho brasileño, con respaldo constitucional (5º, LV, de la CRFB/88), comprende, en la Ley nº 9.784/99, el derecho de tener acceso a los documentos contenidos en los procedimientos administrativos (art. 3º, II), el derecho –en la fase instructiva y antes de la toma de la decisión– de unir documentos y opiniones, requerir

comportamiento extrajudicial equivalente, pero condicionado a la cláusula del debido proceso legal (CAETANO, 1989, p. 512). Para Cassagne, “la ejecutoriedad no constituye una regla absoluta y que lejos de comprender la ejecución coactiva del acto, exige la intervención judicial cuando esta forma de ejecución recae sobre los bienes y/o las personas, salvo casos excepcionales (como, por ejemplo, la autotutela sobre bienes del dominio público), dado que por la ‘naturaleza’ del acto de ejecución (argumento del art. 12 de la LNPA) se trata de una típica función jurisdiccional a cargo de los jueces” (CASSAGNE, 2005, p. 75). Son tres sistemas comparados de ejecución de los actos administrativos: 1- Sistema judicial puro, de tradición inglesa; 2- Ejecución administrativa autosuficiente, derecho alemán e italiano; 3- Sistema mixto judicial-administrativo, el sistema francés (PARADA, 2007, p. 149-153).

41. Art. 5º de la Propuesta de Código de Proceso Administrativo (judicial y extrajudicial) para Iberoamérica (Ada Pellegrini y otros, Bogotá, 2011).

diligencias y pericias, aducir alegaciones pertinentes (art. 38), así como el derecho de ver tales elementos de prueba considerados en la motivación del informe y la decisión (art. 38, § 1º). La necesidad de citación previa a la realización de la prueba o diligencia tiene como objetivo, igualmente, una contradicción plena (arts. 25 y 41).

3. Principio de doble grado de jurisdicción

El derecho de recurso es inherente a los derechos de petición y de defensa.⁴² Sus efectos son devolutivos, de modo que aseguran una segunda instancia (doble grado de jurisdicción), y suspensivos cuando presentes el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, a ejemplo de los dispuesto en el art. 61, parágrafo único, de la ley n° 9.784/99. Tratándose de un derecho proveniente de los derechos de petición y de defensa, cualesquiera condiciones para su ejercicio, especialmente las de naturaleza económica, si fueren capaces de impedirlo en la práctica, aparecerán inconstitucionales. La exigencia de caución o garantía en ese contexto, solo tiene cabida si es necesaria como contracautela al efecto suspensivo y, principalmente, si fuere posible al interesado.

El derecho al recurso administrativo, en la ley brasileña, está garantizado en los arts. 56 y 57, existe previsión de no más de tres instancias recursales y, en principio, sin exigencia de caución (art. 56, § 2º).

4. La legitimación en el procedimiento y en el recurso administrativo

Son legitimados como interesados en el procedimiento administrativo de la Ley n° 9.784/99 (art. 9º): 1- personas físicas o jurídicas que lo inicien como titulares de derechos o intereses individuales o en ejercicio del derecho de representación; 2- aquellas que, sin haber iniciado el proceso, tienen derechos o intereses que puedan ser afectados por la decisión a

42. Posición adoptada por la Propuesta de Código Modelo para Ibero-América, art. 6º, X (Ada Pellegrini y otros, Bogotá, 2011)

ser adoptada; 3- las organizaciones y asociaciones representativas, en lo tocante a derechos e intereses colectivos; 4- las personas o las asociaciones legalmente constituidas, en relación a derechos o intereses difusos.

Como legitimados para interponer recurso, la aludida ley relaciona las siguientes personas (art. 58): 1- los titulares de derechos e intereses que fueron parte en el proceso; 2- aquellos cuyos derechos o intereses fueren indirectamente afectados por la decisión recurrida; 3- las organizaciones y asociaciones representativas, en lo tocante a derechos e intereses colectivos; 4- los ciudadanos o asociaciones, en relación a derechos o intereses difusos.

5. Derecho a la defensa técnica y derecho a la gratuidad

En Brasil, el debido proceso legal y la contradicción no dependen, necesariamente, de la capacidad de postulación del interesado, siendo una facultad (no un deber) valerse de la representación de abogado en el procedimiento administrativo (art. 3º, IV), es suficiente que le interesado sea mayor de 18 años de edad (art. 10). No obstante, la propia Administración Pública podrá elaborar modelos o formularios estandarizados para asuntos que comporten peticiones equivalentes (art. 7º). La gratuidad en cuanto a los gastos procesales (art. 2º, XI) es reflejo de la regla constitucional brasileña del derecho de petición, según la cual: “a todos es garantizado, ‘independientemente de pago de tasas’, el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra ilegalidad o abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, a, de la CRFB/88).⁴³

6 Principio de informalidad

El principio de informalidad –o de formalismo moderado (MEDAUAR, 2008. P. 131)– es previsto en el procedimiento administra-

43. BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, XXXIV “Son a todos asegurados, independientemente de pago de tasas: a) el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de derecho o contra ilegalidad o abuso de poder;”

tivo brasileño y está contenido en las reglas de no dependencia de forma determinada, salvo cuando la ley expresamente la exija (art. 22); la observancia de las formalidades esenciales es garantía de los derechos de los administrados (art. 2º, VIII); y la adopción de formas simples, suficientes para propiciar un adecuado grado de certeza, seguridad y respeto a los derechos de los interesados (art. 2º, IX).

7. Principio de oficiosidad

El principio de oficiosidad actúa, en la ley nº 9.784/99, en dos niveles.

De un lado, también denominado de “impulso oficial”, en cuanto al inicio (art. 5º), al desarrollo (art. 2º, XII) y a la extinción del procedimiento administrativo (art. 51, § 2º), admitiéndose, inclusive, el reexamen de oficio de las decisiones ilegales (arts. 50, VI, y 63, § 2º). A pesar de la autorización legal al interesado de desistir o renunciar al pedido, ensayando el principio dispositivo, el procedimiento administrativo podrá proseguir si está presente el interés público (art. 51, § 2º). El archivo del procedimiento por contumacia del interesado (art. 40) sufrirá las mismas restricciones supra.⁴⁴

Por otro lado, el principio de oficiosidad está relacionado con el de la búsqueda de la verdad real, autorizando la producción de pruebas de oficio (art. 29), inclusive audiencias públicas (art. 32), sin perjuicio de las que fueran propuestas por los interesados.⁴⁵ En ese contexto, la desatención a la citación no comporta el reconocimiento de la verdad de los hechos, ni la renuncia al derecho por el administrado (art. 27). También en función de ese principio, se invoca la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador, no extrayendo de la inercia del interesado presunciones contra él, ni exonerando a la Administración Pública del deber de probar los hechos.⁴⁶

44. Esas restricciones existen también en la legislación colombiana, de Costa Rica, Honduras y Venezuela (BREWSTER-CARIAS, 2003, p.119).

45. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera la búsqueda de la verdad real en los procedimientos administrativos un principio inherente al Estado de Derecho (WEBER, 1993, p. 89).

46. V. Sérgio Ferraz y Adilson Abreu Dallari, *Processo administrativo* (2007, p. 198). En el mismo sentido, Guilherme Favaro Corvo Ribas (2010, p. 175).

A propósito, es carga de quien alega la prueba de los hechos (art. 36), sin perjuicio del deber de la Administración Pública de presentar los documentos que estuvieren en su poder (art. 37), y que también se sigue del art. 5º, XXXIII y XXXIV, *b*, da la CRFB/88.⁴⁷ Siendo así, el derecho del interesado requiere la producción de pruebas (art. 38), las cuales solamente podrán ser negadas mediante fundamentación en el sentido de que son impertinentes, innecesarias, dilatorias o de que fueron obtenidas por medios ilícitos (arts. 6º, parágrafo único, 30, y 38, § 2º). La prohibición, en el procedimiento administrativo, de pruebas obtenidas por medios ilícitos posee respaldo constitucional (art. 5º, LVI de la CRFB/88).⁴⁸

8. Principio de la buena fe procesal

El principio de la buena fe –o lealtad procesal– impone al interesado el deber de exponer los hechos conforme a la verdad, proceder con lealtad, urbanidad y buena fe, no actuar de modo temerario, prestar las informaciones que le fueren solicitadas y colaborar con el esclarecimiento de los hechos, en los moldes del art. 4º de la Ley nº 9.784/99. Se resalta que, cuando es dirigido a la Administración Pública, el principio de buena fe puede ser relacionado con el principio de la moralidad administrativa.

9. Principio de imparcialidad

El derecho a una decisión imparcial es garantizado por las reglas que disponen sobre el impedimento por la sospecha que recae sobre los servidores y autoridades para actuar en el procedimiento administrativo. La materia está así regulada en la Ley nº 9.784/99:

47. BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, XXXIII “todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán proporcionadas en el plazo de la ley, so pena de responsabilidad, exceptuadas aquellas cuyo sigilo sea imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado”.

48. BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, LVI “son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos.”

Art. 18. Está impedido de actuar en proceso administrativo el servidor o autoridad que:

- I- tenga interés directo o indirecto en la materia;
- II- haya participado o venga de participar como perito, testigo o representante, o si tales situaciones ocurren al cónyuge, compañero o pariente y afines hasta el tercer grado;
- III- está litigando judicial o administrativamente con el interesado o el respectivo cónyuge o compañero.

Art. 19. La autoridad o servidor que incurra en impedimento debe comunicar el hecho a la autoridad competente, absteniéndose de actuar.

Parágrafo único. La omisión del deber de comunicar el impedimento constituye falta grave, para efectos disciplinarios.

Art. 20. Puede ser planteada la suspensión de autoridad al servidor que tenga amistad íntima o enemistad notoria con alguno de los interesados o con los respectivos cónyuges, compañeros, parientes y afines hasta el tercer grado.

Art. 21. El rechazo de alegación de sospecha podrá ser objeto de recurso, sin efecto suspensivo.

10. Principio de duración en tiempo razonable del proceso

La duración del procedimiento administrativo en tiempo razonable fue introducida en el orden jurídico constitucional por la enmienda n° 45, de 9 de diciembre de 2004, que, dando nueva redacción al art. 5°, LXXVIII,⁴⁹ aseguran a todos en el ámbito judicial y administrativo, la razonable duración del proceso o de los medios que garantizan la celeridad de su tramitación. En ese sentido, inclusive, es firme la jurisprudencia de

49. BRASIL. CRFB/88. Art. 5°, LXXVIII “a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son garantizadas la razonable duración del proceso y los medios que garantizan la celeridad de su tramitación.”

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vale decir el principio de duración del proceso en tiempo razonable se aplica, igualmente, a los procedimientos administrativos (ARIAS, 2009, p. 147).

No obstante, la íntima relación entre el principio de duración del procedimiento administrativo en tiempo razonable y el principio, también constitucional, de eficiencia administrativa, ya permitía, en Brasil, antes de la referida Enmienda Constitucional, soluciones legislativas y jurisprudenciales en la misma dirección.⁵⁰ En efecto, en la Ley n° 9.784/99, el principio está logrado de la siguiente manera: 1- procedencia de medidas de urgencia, a favor del ciudadano y de la Administración (arts. 45 y 61, parágrafo único); 2- establecimiento de prioridades para el procesamiento, por razón de edad y de salud (art. 69-A); 3- Fijación de plazos para que la Administración profiera decisiones y practique actos (arts. 24, 49, 56, § 1º, y 59, § 1º); 4- fijación de plazos para que los interesados o terceros practiquen actos (arts. 39, 40, 42, 44 y 59).

V. LOS DESAFÍOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO BRASILEÑO

El derecho administrativo brasileño posee dos grandes desafíos en materia de procedimientos administrativos. Se trata de los principios de derecho material, de la igualdad y la seguridad jurídica, que, cuando mal logrados, pueden poner en entredicho la finalidad de los procedimientos administrativos.

50. El principio de eficiencia de la Administración Pública está previsto en el art. 37 de la CRFB/88. A propósito, Odete Medauar cita las siguientes decisiones: STJ, Resp 690811/RS, DJ. 19 dic. 2005, p. 234; STJ, MS 12376/DF, DJ 1 sept. 2008; STF, MS 26405-5/DF, juzgado en 17 dic. 2007; STF, MS 24448/DF, DJ 14 nov. 2007; STJ, Resp 980271, juzgado en 18 dic. 2007; STJ, MS 13545/DF, DJ 7 nov. 2008; STJ, Resp 1047524/SC, DJ 3 ag. 2009; STJ, MS 13584/DF, DJ 26 jun. 2009 (2010, p. 103-107).

1. La extensión erga omnes de los efectos favorables de las decisiones administrativas

Si por un lado, los procedimientos administrativos se prestan para legitimar la actuación administrativa, mediante previa oportunidad de participación efectiva de los interesados (derechos de petición, de amplia defensa y de contradicción), por otro lado, no sería adecuado que aquellos que optasen por esta vía fueran “los únicos” beneficiados por la decisión administrativa, en tanto existiesen otras personas delante de las mismas situaciones de hecho y de derecho. No se menciona, aquí, a las personas cuyo derecho pueda ser afectado por la decisión (porque, para ello, el legislador tiene la solución de la amplia defensa: art. 64, parágrafo único, de la Ley n° 9.784/99), mas sí las personas que no lo son, podrían ser “beneficiadas” por la decisión.

Nadie duda que la Administración está sometida al principio de la igualdad. Mas entonces, por qué también continuamos permitiendo que de interpretaciones diferenciadas de orden jurídico puedan resultar decisiones administrativas en conflicto? Por qué exigir a las personas procedimientos administrativos para obtener derechos subjetivos que ya han sido concedidos por la Administración a otros en idénticas condiciones? ¿No debe la Administración actuar de oficio?⁵¹

El problema ocurre en situaciones en las cuales las pretensiones son individuales solamente en apariencia.⁵² La verdad, siempre que la cuestión

51. En Europa, el principio de igualdad viene encontrando dificultades para ser aplicado a las decisiones administrativas en algunos sistemas jurídicos, y la doctrina tampoco viene dedicando estudios sobre el tema: “L’existence du principe d’égalité dans le droit administratif ne fait l’objet d’aucune hésitation dans les divers pays étudiés. Certes le droit britannique a longtemps préféré parler de rationalité et de cohérence plutôt que d’égalité, même si les solutions concrètes étaient pratiquement les mêmes; mais depuis une vingtaine d’années, le principe d’égalité est ouvertement appliqué par le juge britannique” (FROMONT, p. 253-256).

52. Para Fromont, los obstáculos al principio de igualdad no resultan de la imprecisión del contenido del principio, más si de la dificultad de su aplicación a decisiones administrativas individuales. El primer obstáculo sería la persistencia en la idea de que la igualdad entre los administrados resulta automáticamente del respeto de las leyes por las autoridades administrativas. Como la ley es necesariamente igual para todos, en términos generales, las decisiones administrativas aplicadas concretamente serían

de fondo de una pretensión individual estuviere relacionada con los efectos jurídicos de un comportamiento administrativo de alcance general, el resultado del conflicto pasará a ser de interés de la colectividad destinataria de aquel comportamiento y, por tanto, la solución deberá venir de una decisión administrativa, “única y con efectos *erga omnes*”.⁵³

Además, las cuestiones de alcance general no deber ser decidida por cualquier autoridad de grado inferior,⁵⁴ siendo competente para expedir un acto o decisión la autoridad administrativa que tiene, igualmente, el poder para decidir sobre la cuestión de fondo de la pretensión deducida por los interesados en el procedimiento correspondiente. Así, si la pretensión contiene fundamento que suponga la invalidez o ilegalidad del acto practicado por otra autoridad, solamente esta o un superior suyo podrá decidir. Esto porque no cabe a una autoridad el incumplimiento de acto o decisión superior. Tampoco cabe a una autoridad administrativa incumplir la ley, bajo el fundamento de inconstitucionalidad (BREWER-CARIAS, 2007, p. 16-19).⁵⁵ Esta idea no se aplica a la interpretación; pero, a favor

automáticamente iguales (“la función preponderante del derecho administrativo es materializar la ley”). El segundo obstáculo sería en relación con la naturaleza individual de la decisión administrativa y dos situaciones podrían surgir: Le second obstacle tient au caractère individuel de la décision administrative. En effet, deux hypothèses peuvent se présenter. Ou bien, l'autorité prend une série de décisions concomitantes et l'un des destinataires prétend avoir été moins bien traité que les autres destinataires ; ou bien, l'autorité prend une série de décisions qui s'échelonnent dans le temps et le destinataire de l'une des dernières décisions prises prétend être moins bien traité que les destinataires de décisions antérieures. C'est seulement dans le premier cas que la comparasion entre le traitement réservé aux uns et aux autres est assez facile à faire identiques. Dans le second cas, l'autorité administrative peut sont souvent plus difficiles à réunir” (op. cit., p. 253-255).

53. La afirmación tiene relación con la de que en el ámbito de la justicia administrativa actos y comportamientos administrativos con efectos generales reclaman necesariamente una decisión judicial colectiva, única y con eficacia *erga omnes* (PERLINGEIRO, 2007).

54. Al contrario de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley No. 9.784/99 (Si no existe competencia legal específica, el proceso administrativo deberá ser iniciado delante de la autoridad de menor grado jerárquico para decidir).

55. En Brasil, la posibilidad de la administración de incumplir norma o ley inconstitucional continúa siendo un tema bastante controvertido en la doctrina (MIRANDA, 2004).

de la unidad de actuación, los actos o decisiones que comprendan interpretaciones de normas o leyes deben ser practicados por autoridades con competencia proporcional a la extensión de los efectos de las normas o leyes cuestionadas, o por la autoridad máxima de la administración.

No se trata de admitir la participación popular en el procedimiento de elaboración de actos administrativos con efectos generales, lo que normalmente ocurre vía audiencia pública o consulta pública,⁵⁶ mas si de pensar en instrumentos procedimentales referentes a la preparación de decisiones administrativas sobre pretensiones que tengan como origen controversias relacionadas con los efectos concretos de actos generales, de normas administrativas o de la propia ley.

La falta de previsión legislativa adecuada para la protección de los intereses colectivos en los procedimientos administrativos lleva a otra situación, más grave aún: ocasiona procesos repetitivos en la justicia administrativa, que, a su vez, intenta, “en vano”, valerse de mecanismos (tales como los del proceso ejemplar, de las decisiones vinculantes o de las *class actions*) para apartarse de un problema que, en realidad, no es suyo, mas si debido a una distorsión del sistema de procedimiento administrativo.⁵⁷

La ley brasileña avanzó al admitir, en el procedimiento administrativo y en su fase de recursos, la legitimidad de personas o entidades para la protección de intereses difusos e intereses colectivos (arts. 9º y 58), lo que, todavía, no es suficiente, siendo necesarios, todavía: 1- que tengamos un sistema que no tolere decisiones discrepantes de la propia Administración sobre un mismo tema, aunque, para ello, sea necesaria una reestructuración de las competencias administrativas;⁵⁸ 2- que la Administración ex-

56. Ver ítem 2 de este texto y nota de pie de página 10.

57. En cuanto a las secuelas de la inobservancia de la igualdad administrativa en los procesos judiciales administrativos, verificar el ítem 3.6 de este texto y las notas de pie de página correspondientes. Luis Filipe Colaço Antunes, en su disertación de maestría, destacó la importancia de un procedimiento administrativo que comprenda eficazmente intereses difusos y colectivos (1989, p. 96-98). En el derecho alemán se intentó regular el procedimiento administrativo de masa, en los §§ 17 a 19 de la VwVfG, pero debido a su alta complejidad, no habría tenido una gran importancia práctica (MEYER, 1993, p. 300). Ver también Ricardo Perlingeiro (2007).

58. En busca de un mayor alcance del principio de igualdad, el art. 10 del Código Colombiano de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,

tienda automáticamente, los efectos favorables de una decisión que haya reconocido un interés colectivo (aunque sea incidentalmente) a todos lo que se encuentren en la misma situación de hecho y de derecho, aún si no estén representados en el procedimiento administrativo.⁵⁹ En este punto, la postura que se espera de la Administración es un imperativo moral, no siendo imaginable que ella se valga del procedimiento administrativo para promover una exclusión social de minorías, no pocas en los sistemas latino-americanos, las cuales no son suficientemente instruidas o técnicamente preparadas para el ejercicio de los derechos de petición, de defensa y contradicción.⁶⁰

Esto equivale al cumplimiento del principio de igualdad.

dispone que: “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.

59. Es en esa dirección la regla que consta en la Propuesta de Código Modelo para Iberoamérica: “Art. 69. El uso de los medios alternativos de solución de controversias con la Administración estará sujeto a los siguientes principios: [...] II Isonomía. Los acuerdos que involucren normas administrativas o actuaciones de alcance general deben alcanzar a todos aquellos que se encuentren en la misma situación fáctica, a pesar de que no hayan participado de esos acuerdos” (Ada Pellegrini y otros, Bogotá, 2011). En el derecho alemán el principio de igualdad llevó a la construcción de la denominada “autovinculación” (Selbstbindung). La autoridad elabora orientaciones generales y vinculantes conforme a decisiones anteriores (FROMONT, 2006, p. 255-256). En Brasil, hay *súmulas*, orientaciones, opiniones etc. elaborados por la propia administración y con fuerza vinculante interna. Sin embargo, los procedimientos que resultan tales actos no tienen reglas precisas, no son regulares, y difícilmente antecedente en la jurisprudencia de un tribunal supremo o constitucional.

60. En Italia, el tratamiento desigual de situaciones idénticas (Disparità di trattamento) es considerado un ejemplo de exceso de poder y una ofensa a los arts. 2 y 97 de la Constitución (CASSETTA, 2010, p. 561).

2. La buena fe como uno de los factores preponderantes de la seguridad jurídica

El segundo gran desafío del legislador brasileño consiste en la estabilidad de los ciudadanos frente a las situaciones jurídicas provocadas por la propia administración.

En sentido opuesto al que consta en la nueva ley colombiana y en la Propuesta de Código Modelo para Iberoamérica, que prevén el principio de reserva de jurisdicción como condición *sine qua non* al deshacimiento de actos inválidos con efectos favorables,⁶¹ la Ley n° 9784/99 incluso destaca la posibilidad de amplia defensa o de contradicción en el procedimiento administrativo; probablemente, porque prevé que la convalidación del acto inválido no depende apenas de la buena fe, mas de buena fe asociada al transcurso de un plazo de 5 (cinco) años (!), lo que es demasiado extenso y, por sí sólo, contrario a la idea de seguridad y confianza legítima.⁶²

61. Art. 88 del Código Colombiano de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo (Ley 1437/2011) y art. 17 de la Propuesta de Código Modelo para Iberoamérica (Ada Pellegrini; Ricardo Perlingeiro; RS Correa Palacio; y otros, Bogotá, 2011). Según García de Enterría, en el sistema español anterior, la exigencia de un proceso jurisdiccional previo al deshacimiento de actos inválidos, en cualquier situación, estaba asociada a la idea de una irrevocabilidad absoluta de los actos inválidos que implicaran derechos y “compelía a la administración a soportar en la inmensa mayoría de los casos sus propios actos declarativos de derechos, aunque incurriesen en las más graves infracciones jurídicas. El requisitos de doble lesión constituía, de hecho, una barrera prácticamente insalvable que defendía enérgicamente los derechos adquiridos por el simple hecho de serlos” (1991, p. 571).

62. Marçal Justen Filho critica a aquellos que admiten la nulidad de actos administrativos sin que haya necesidad de procedimiento administrativo previo (2066, p. 278). Siguiendo a Carmen Lúcia Antunes Rocha, “Si se mantiene el entendimiento, en el sentido de que cualquier movimiento de la Administración que sea la base o se refleje en la piel de los bienes jurídicos del administrado o del servidor público, depende de un proceso, es ponerse en duda en cuanto a la prevalencia o por lo menos la interpretación dada a lo dispuesto en las providencias 346 y 473 del Supremo Tribunal Federal. Por el contenido de las providencias y, más aún, por el que se tiene en la Ley 8.112/90 (art. 114), a la Administración se reconoce la competencia para la práctica del acto administrativo unilateral revisor de otro, practicado sin el debido fundamento legal, que le daría validez y, en la esfera de esta, eficacia jurídica. Ocurre que la imposición de ese acto, aunque afectado por el vicio de antijuridicidad, que solamente puede ser practicado en el curso

¿Cómo imaginar un sistema que considere la buena fe para convalidar actos administrativos inválidos, con efectos favorable, solamente después del transcurso de un plazo de 5 (cinco) años? ¿Qué seguridad jurídica puede ser esperada si, en hasta 5 (cinco) años, un acto administrativo aparentemente legal puede ser deshecho por la propia administración, en detrimento de derecho o intereses consolidados mediante buena fe? En efecto, el transcurso del tiempo no es el único factor a ser considerado por el principio de seguridad jurídica, razón por la cual debería ser tratado por separado al de la “buena fe”, para fines de convalidación de los actos administrativos inválidos.⁶³

Así, la seguridad jurídica resguarda, principalmente, la estabilidad al beneficiario (destinatario o tercero) del acto administrativo a ser deshecho (revocado o anulado) dependiendo de su buena fe, independientemente de plazos.⁶⁴ La contradicción y la amplia defensa en un procedimiento o proceso destinado al deshacimiento del acto favorable, en estas circunstancias, tendrá por objeto la existencia de buena fe, que, si presente, llevaría a la preservación de la situación, o, si no es conveniente al interés público, a la cuenta de pérdidas y daños.

de un proceso administrativo, altera la interpretación de la norma de competencia, pues esa no podría ser ejercida sino con audiencia del interesado y la garantía del debido proceso legal, el contradictorio y la amplia defensa.” (1997, p.20). Con todo, en reciente decisión, el Supremo Tribunal Federal así decidió: [...] “El plazo de cinco años es de ser aplicado a los procesos de cuentas que tengan por objeto el examen de legalidad de los actos concesivos de jubilación, reformas y pensiones. Transcurrido *in albis* el interregno quinquenal, a contar desde la pensión, es de convocar a los particulares para participar del proceso de su interés a fin de disfrutar de las garantías constitucionales de contradicción y de amplia defensa”. (MS 25.403/df, Rel. Ayres Brito, DJe 27, p. 10 feb. 2011)

63. La propuesta de Código Modelo para Iberoamérica no admite deshacimiento de actos o normas inválidas si de ellas resultan derechos adquiridos independientemente de plazos (art. 17).

64. Siguiendo a Forsthoff, hay solamente dos situaciones en cuando al deshacimiento de los actos administrativos: cancelación (invalides del acto que genera apenas efectos onerosos) y revocación (invalides del acto que genera efectos favorables). En principio, no cabe la “libre” revocación, excepto si el acto inválido fuera también antijurídico, como en los casos de ausencia de buena fe (1958, p.359), o cuando hubiere circunstancia nueva de hecho o de derecho (op. cit, p. 363).

Por otro lado, siendo la invalidez del acto de conocimiento de la Administración, el transcurso del plazo para su deshacimiento debe ser considerado, por sí solo, a favor de la seguridad jurídica; esto es, la convalidación del acto administrativo inválido deja de tener relación o dependencia directa de la existencia de la buena fe.⁶⁵ Es posible que el propio interés público recomiende esa situación y la exceptúe solamente en casos extremos, como de fraude o corrupción, a semejanza del derecho alemán.

A propósito, dispone a *Verwaltungsverfahrensgesetz/VwVfG*:

§ 48 [...] (2) Un acto administrativo inválido que concede o que es condición de una prestación pecuniaria instantánea o duradera (*laufende*), o de una prestación en especie divisible (*teilbare Sacheleistung*), “no puede ser revocado por invalidez si el beneficiario confió en la estabilidad del acto administrativo”, y su confianza, ponderando el interés público en la revocación, es digna de protección. En regla, la confianza es digna de protección si el beneficiario consumió las prestaciones concedidas o si de ellas celebró un negocio dispositivo, negocio que ya no puede anular o apenas puede hacerlo en condiciones demasiado gravosas. El beneficiario no puede invocar la confianza si: 1- obtuvo el acto administrativo a través de engaño doloso, amenaza o soborno; 2- obtuvo el acto administrativo con base en datos en esencia inexactos o incompletos; 3- conocía la invalidez del acto o no la conocía por culpa grave; 4- en los casos previstos en la tercera frase, el acto administrativo es, en regla, revocado con efectos retroactivos. Cuando el acto administrativo es revocado con fundamento en invalidez, deben ser restituidas las prestaciones ya concedidas. En cuanto al objeto de la obligación de restituir, se aplican las normas del Código Civil sobre la restitución relativa al enriquecimiento sin causa. El sujeto del deber de restituir, en virtud del lleno de los presupuestos de la tercera frase, no puede

65. El art. 141 del Código de Procedimiento Administrativo de Portugal (Decreto-Ley No. 442/91) prevé la convalidación por el simple transcurso de plazo: “Los actos administrativos que sean inválidos sólo podrán ser revocados con fundamento en su invalidez y dentro del plazo del respectivo recurso contencioso o hasta la respuesta de la entidad recurrida”.

invocar el cese del enriquecimiento si conocía las circunstancias que motivaron la invalidez del acto o si no las conocía con culpa grave. La prestación a restituir debe ser fijada por las autoridades concomitantemente a la revocación por invalidez. (3) si fuere revocado con fundamento en invalidez un acto administrativo fuera de las hipótesis del numeral (2), “la autoridad, a petición del interesado, debe indemnizar los daños patrimoniales por él sufridos por haber confiado en la estabilidad del acto”, si su confianza, ponderando el interés público en la revocación, fuere digna de protección. Se aplica el número (2), tercera frase. No son de indemnizar los daños patrimoniales que sobrepasen la medida del interés del interesado en la manutención del acto administrativo. Los daños patrimoniales a indemnizar son fijados por la autoridad. El derecho a indemnización debe ser ejercido en el plazo de un año; el plazo comienza a correr a partir del momento en que la autoridad comunique al interesado. (4) “Los actos administrativos inválidos solo pueden ser revocados con ese fundamento en el plazo de un año” contado desde la fecha en que la autoridad tomó conocimiento de los hechos que determinan la invalidez. Esta regla no se aplica en el caso del número (2), tercera frase, punto 1. (CÓDIGO, 1996, p. 96-97).

Mas no es solo.

El art. 2 XIII de la ley 9.784/99 dispone que en los procedimientos administrativos será observado el criterio de “interpretación de norma administrativa [...], prohibida la aplicación retroactiva de nueva interpretación”,⁶⁶ y el art. 50 VIII, de la misma ley, que los actos administrativos sean motivados “cuando dejen de aplicar jurisprudencia firme sobre la cuestión [...]”.

66. La verdad, la regla de prohibición de interpretación retroactiva, prevista en la Ley 9.784/99, debería mencionar expresamente la “ley”, evitando confusión con “norma administrativa” infralegal. También debe ser señalada la posibilidad del Supremo Tribunal Federal de restringir los efectos *ex tunc* de una declaración de inconstitucionalidad de acto administrativo normativo, con fundamento en la seguridad jurídica (art. 27, de la Ley No. 9.868/99).

Pero, sería más apropiado que la ley respetase, de manera expresa, el precedente administrativo (no exactamente la jurisprudencia administrativa) y que fuese autorizada la modificación de la interpretación solamente para beneficiar, en cualquier caso, indistintamente aplicable, por los agentes de la Administración, a todos los particulares que estuvieren en la misma situación fáctica.⁶⁷

La posibilidad de interpretaciones discrepantes por la propia Administración, en momentos distintos y retroactivamente, genera una grave perturbación e inestabilidad jurídica, además de una sensación generalizada de injusticia. Existiendo decisiones administrativas anteriores que hayan constituido derechos, no cabe a la Administración, con ofensa a la

67. Brewer-Carias admite el precedente administrativo como fuente de derecho administrativo y cita la ley peruana y venezolana como ejemplos de que la interpretación nueva solamente puede ser aplicada a situaciones nuevas, excepto si son más favorables a los ciudadanos (2007, P. 284-285). Forsthoof, al reconocer el derecho consuetudinario como fuente de derecho administrativo, indica que el funcionario administrativo no puede desviarse de una práctica usual cuando tuviere otra opinión (1958, p. 211-212). Según Cassagne, el precedente administrativo –fuente de derecho administrativo– es una manera peculiar de manifestación de la costumbre en derecho administrativo (2006, p. 2’8). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica decidió que los antecedentes administrativos son formalidad esencial de los procedimientos administrativos (MILANO S., 2005, p. 288). En Italia, violar la práctica administrativa (prassi amministrativa), sin la debida motivación, es un síntoma de exceso de poder (CASETTA, 2010, p. 562-563). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que “incurrir en infracción de la igualdad en la aplicación de la ley desde el momento en que se produce un tratamiento desigual en el caso singular al separarse de las directrices generales de interpretación, o bien de la praxis administrativa existente (es la llamada ‘autovinculación de la administración’)” (WEBER, 1993, p. 81). Al respecto del tema, Garay parte de la premisa de que la ofensa al principio fundamental de igualdad no proviene apenas de una desigualdad en la ley, mas obviamente de una desigualdad proveniente de la interpretación administrativa de la ley (GARAY, 1989, p. 50 y siguientes). Los más resistentes a su tesis, mencionan un precedente judicial que, sin consistencia, aseguraba la igualdad en cuanto a la interpretación administrativa habitual, diferenciándola de la interpretación no habitual, en que solamente en el primer caso la Administración estaría vinculada al precedente (op. cit., p. 59 y 74). La posibilidad de nueva interpretación administrativa, en detrimento de la igualdad, trae a flote el conflicto entre la legalidad y la seguridad jurídica, de acuerdo con Jesús González Pérez (1983, *apud* GARAY, 1989, p. 80)

isonomía, negar a otras personas los mismos derechos, cuyos hechos constitutivos hayan ocurrido en la misma ocasión (por tanto, delante de la misma situación fáctica y jurídica).

Resta, pues, evidenciado que la modificación de interpretación debe ser admitida apenas para beneficiar y, en este caso, por obvio, con efectos retroactivos.⁶⁸ La modificación de la interpretación es posible apenas para el futuro (efectos *ex nunc*), en lo que concierne a hechos constitutivos (de derecho) posteriores al precedente administrativo y, en ese contexto, debe la Administración Pública motivar sus decisiones.

En suma: (a) habiendo buena fe, los derechos subjetivos deben ser preservados, convalidándose el acto administrativo inválido o, dependiendo del interés público, promoviéndose una reparación económica a favor del ciudadano; (b) no habiendo buena fe, el transcurso del plazo –a partir del conocimiento de la invalidez– puede ser considerado, para los mismos fines de convalidación, salvo en situaciones excepcionales, como de fraude o corrupción; (c) no cabe nueva interpretación administrativa de la ley con efectos retroactivos, para restringir o negar derechos subjetivos que hayan (o que podrían haber) sido constituidos anteriormente; esto es, no cabe interpretación en detrimento de efectos favorables de hechos ocurridos cuando situaciones jurídicas idénticas eran reconocidas por la Administración.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Al adoptar una ley general, el sistema brasileño de procedimiento administrativo avanzó significativamente en los últimos años, concretando sus principios fundamentales de forma adecuada en la mayoría de las situaciones, y encontrándose, por consiguiente, alineado con la línea actual y evolutiva existente en los sistemas nacionales de América Latina y de Europa. Sin embargo, en esta fase de consolidación, mejor sería si el sistema brasileño contuviese una base estructurada (o en estructuración) de los principios fundamentales de la justicia administrativa, que, efectivamente,

68. En el mismo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 120).

mantiene con los procedimientos administrativos una inevitable relación de dependencia: la efectividad o la falta de efectividad de un procedimiento administrativo son sentidas directamente en la justicia administrativa, y viceversa.

Debido a una ruptura repentina, en el siglo pasado, del sistema dualista a favor del sistema monista de jurisdicción, así como los pocos estudios e investigaciones sobre el asunto, que apenas reciente y tímidamente fueron abordados por algunos juristas, el derecho brasileño necesita superar algunos dogmas y admitir que la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos en fase de actuación administrativa requiere una actuación jurisdiccional y reglas procesales especializadas, por separado del derecho procesal civil, y adecuadas a una jurisdicción de calidad, capaz de solucionar con eficacia los conflictos entre intereses privados y públicos, independientemente de la existencia de un modelo dualista/monista de jurisdicción o de un código/ley general específica sobre la materia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ABERASTURY, Pedro; CILURZO, María Rosa. *Curso de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2.
- ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1989.
- ARIAS, Juan Pedro Machado. El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudência de la Corte Interamericana de derechos humanos. In: ARIAS, Juan Pedro Machado (Org.). *Procedimiento y justicia administrativa en America Latina*. Mexico: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, p. 147. Disponível em: www.kas.de/rspla-mex/es/publications/17833/. Acesso em: 15 abr. 2011.
- BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção europeia dos direitos do homem*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BREWER-CARÍAS, Allan. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá: Legis, 2003.
- _____. Bases constitucionales del derecho administrativo. In: *Estudios de derecho administrativo 2005-2007*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. v. 2.
- _____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El derecho administrativo argentino. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas (Org.). *El derecho administrativo iberoamericano*. Granada: INAP, 2005.
- _____. *Derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Lexis, 2006. t. 1.
- CASSETTA, Elio. *Manuale di diritto amministrativo*. 12. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- Código do procedimento administrativo alemão*. Tradução e notas de Alberto Augusto Andrade de Oliveira. Coimbra: Livraria da Universidade, DL, 1996.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1991.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FERRIER, Jean-Pierre. El procedimiento administrativo en Francia. In: VAZQUEZ, Javier Barnés (Org.). *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993.
- FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FROMONT, Michel. *Droit administratif des états européens*. Paris: PUF, 2006.

- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- GARAY, Alberto F. *La igualdad ante la ley: decisiones administrativas contradictorias*. Decisiones judiciales contradictorias. Desigualdad procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LIMA, Carolina Caiado. Por uma lei geral de processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. O princípio da razoável duração do processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MEYER, Hans. El procedimiento administrativo en la Republica Federal de Alemania. In: VAZQUEZ, Javier Barnés (Org.). *El procedimiento administrativo em el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993.
- MILANO S., Aldo. El derecho administrativo costarricense. In: IBÁÑEZ, Santiago González-Varas (Org.). *El derecho administrativo iberoamericano*. Granada: INAP, 2005.
- MIRANDA, Henrique Savonitti. *Licitações e contratos administrativos*. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2004. Disponível em: www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fUFAM-HenriqueLicita.pdf. Acesso em: 19 abr. 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- NEGRETE, Afonso Nava. *Derecho administrativo mexicano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

- OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 16. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. t. 1.
- PERLINGEIRO MENDES DA SILVA, Ricardo. A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: *XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2007, Bogotá. XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre, 2007. p. 919-938.
- PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. In: NOBRE, Milton; DIAS, Ricardo (Org.). *O Conselho Nacional de Justiça e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, no prelo.
- POCHARD, Marcel. La Administración Pública y la protección de los derechos fundamentales. In: *Consejo de Estado de la República de Colombia, Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2008.
- RIBAS, Guilherme Favaro Corvo Ribas. O princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Revista de Informação Legislativa*, a.34, n. 136, Brasília, Senado Federal, out./dez. 1997, p. 20.
- SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010.
- SCHMIDT-ARMANN, E. Sobre el objeto del procedimiento administrativo em la dogmática administrativa alemana. In: VAZQUEZ, Javier Barnés (Org.). *El procedimiento administrativo em el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993.

- SOUZA, Rodrigo Pagani. As várias faces do princípio do contraditório no processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010.
- WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público; SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.
- WEBER, Albrecht. El procedimiento administrativo en el derecho comunitario. In: VAZQUEZ, Javier Barnés (Org.). *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993.
- WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*. Tradução de Antônio F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.



Procedimiento administrativo chileno

*Por Claudio Moraga Klenner**

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VIGENTE.

1. Ley N° 19.880, de 2003, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (LBPA).

El art. 7.1 de la Constitución Política de la República (CPR) impone como condición de validez del acto público, el que éste sea dictado en la forma que prescriba la ley;¹ y el art. 63 N° 18 invita a la ley que establezca las bases de los procedimientos de la Administración. Nuestro legislador ha sido lento en resolver y llevar a buen término la positivización de ideas matrices y principios que solamente tenían un previo reconocimiento doctrinario y jurisprudencial-administrativo. Inicialmente, el proyecto de ley del Presidente de la República² –conocido como “Proyecto de Ley que establece plazos para el procedimiento administrativo y regula el silencio administrativo”– pretendía posibilitar un mejoramiento de la gestión pública por medio del establecimiento de plazos para la Administración en la sustanciación de los procedimientos administrativos y de la regula-

* Profesor asociado de Derecho Administrativo y de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Facultad de Derecho, U. de Chile

1. Cfr. SOTO, Eduardo, *Derecho Administrativo Bases Fundamentales* (1), t. II, 1era ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 77 y s.

2. Mensaje del Presidente de la República al Senados N° 008-343, de 26.09.2000.

ción, de un modo general, del silencio administrativo. Pero, a poco de iniciarse la tramitación del proyecto de ley se propuso una sustitución de la iniciativa primitiva por otra que, de conformidad con el artículo 60 N° 18, de la Constitución Política, fija las bases de los procedimientos administrativos, a partir de las cuales se introdujo en el proyecto de ley nuevas normas –con reconocida influencia de las leyes de esta materia vigentes en España (por lejos), Argentina y Uruguay– referidas a los principios básicos que informan los procedimientos administrativos, los derechos de las personas, el empleo de medios electrónicos, la regulación de plazos, las etapas del procedimiento, medios de prueba, recursos y los efectos del silencio administrativo.

Hoy, la interrogante que todavía está abierta es si la LBPA, a la luz de la forma como ella es aplicada o dejada de aplicar por los órganos administrativos y de control –administrativo y jurisdiccional–,³ tiene o no verdaderamente una función de integración que cumplir en el seno de la Administración. En palabras de Jaime Jara, se trata de verificar si la LBPA logrará finalmente, antes que formular un “auténtico procedimiento” administrativo, establecer un “marco para los procedimientos”.⁴

2. **Ámbito de aplicación de la LBPA**

La LBPA rige para un específico grupo de organismos administrativos –centralizados y descentralizados– y autónomos constitucionales: los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, la Contraloría General de la República (CGR), las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los gobiernos regionales y las municipalidades (art. 2). Con todo, la LBPA no es aplicable al Banco Central ni a las empresas públicas creadas por ley; y, en el caso particular de la CGR, la LBPA

3. Cfr. Corte de Coyhaique, 15.05.2008, Rol N° 9-08.

4. JARA, Jaime, “La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N° 19.880” p. 287-311), *Revista de Derecho Público* N° 70, 2008, Santiago, p. 298.

solamente excluyó de su ámbito de aplicación el procedimiento de toma de razón, por cuanto se trata de una materia constitucional y orgánica constitucional.

2.1. Una LBPA de aplicación principal y supletoria

La LBPA establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado, de un modo principal o supletorio (Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 771 cons. 16), según si otras leyes han sancionado o no procedimientos administrativos especiales. El mensaje del Presidente de la República precisaba en este sentido que el proyecto de ley apuntaba especialmente a los procedimientos sin regulación, sujetos por entero a la discrecionalidad de la administración y sin conocimiento o participación de los ciudadanos. El proyecto no busca alterar los procedimientos administrativos que constan con una regulación legal propia. Hay aquí una probablemente racional y muy legítima renuncia del Estado a sancionar un único y omnímodo procedimiento administrativo, puesto que en la ley subyace la idea de darse preferencia a la aplicación de normas jurídicas especiales que regulen sobre procedimientos administrativos particulares, de forma que la LBPA solamente se aplique donde no existe ese procedimiento administrativo, o bien, donde el procedimiento administrativo especial adolezca de vacíos que puedan y deban ser integrados por la LBPA, para crear así un sistema procedimental completo, coherente y, en lo posible, sin contradicciones. La justificación de dicha renuncia a establecer un único procedimiento administrativo es entregada por Luis Cordero,⁵ al expresar que la articulación de un único íter procedimental, con pretensiones de vocación universal, adelantaría un fracaso anticipado del procedimiento administrativo.

2.2. Una LBPA informadora, preservadora y economizadora

Al publicarse en el Diario Oficial la LBPA, el Gobierno emitió instrucciones para su aplicación a todos los servicios públicos,⁶ dejando sen-

5. CORDERO, Luis, *El Procedimiento Administrativo*, Editorial Lexis nexis, Santiago, 2003, p. 32.

6. Oficio GAB.PRES. N° 004, de 19.06.2003.

tir que esa ley era un “potente instrumento de gestión, en que se resuelven tanto desde la inexistencia de un procedimiento formal y conocido por todos, como la ausencia de plazos para la tramitación de los actos administrativos, la falta de concreción normativa de los principios generales que rigen dichos procedimientos y, muy especialmente, el reconocimiento expreso de los derechos que todo ciudadano [tiene] frente a la actividad de la Administración.” A partir de lo anterior, las normas de la ley están llamadas a desempeñar una función informadora, preservadora y economizadora del conjunto normativo regulador de la acción administrativa del Estado a la luz de la multiplicidad de procedimientos administrativos contemplados en leyes especiales.

3. El procedimiento administrativo y la doctrina nacional.

Nuestra primera doctrina administrativa poco se ocupó del procedimiento administrativo. Ello se debió a tres razones principales, una de tipo legislativa, otra, académica y, la última, al propio estado del desarrollo del Derecho Administrativo.

La razón legislativa dice relación con la inexistencia de una ley general que regulara la materia, lo que hacía significar que el procedimiento fuera un asunto casuístico o que se hiciera mención de él básicamente con ocasión de los estudios referidos a la potestad reglamentaria de ejecución de ley del Presidente de la República. Sabemos que ya desde fines del siglo XIX, José Domingo Amunátegui podía formular una breve teoría de los actos de la Administración y, a ese efecto, clasificaba ellos con criterios que hasta hoy siguen vigentes.⁷ Sin embargo, el autor no podía hacer lo mismo con respecto a los procedimientos administrativos y, ello, por una razón sencilla, una ausencia prácticamente absoluta de reglas procedimentales a las que se sometiera la actividad forma de la Administración del Estado.

La razón académica explica que la doctrina de parte del siglo XX se concentró en analizar la teoría del acto administrativo y sus manifestacio-

7. AMUNÁTEGUI, José D., *Estudios de Derecho Administrativo*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1894, p. 130.

nes más importantes: el decreto supremo y el reglamento. Por lo mismo, no extraña en ella la casi absoluta ausencia del concepto “procedimiento administrativo”, a cambio del uso frecuente del estudio de las “formalidades o solemnidades” del acto administrativo. Si bien para nuestra doctrina el procedimiento administrativo desde siempre fue tenido como un instrumento de control de la actividad administrativa y de protección de derechos de las personas; no llegó a ser calificado, sin embargo, como instrumento de gestión administrativa, propiamente tal, de eficiencia y eficacia.⁸ En este sentido, nuestros estudiosos no alcanzaron a hacer un calce perfecto entre las formas de actuación de los particulares —a través de las peticiones, solicitudes y recursos— y el fenómeno de la motivación de la actuación administrativa a través de un escenario procedimental complejo, bilateral y, a veces, multilateral.

Finalmente, la razón científica nos indica que el Derecho Administrativo, como una rama del Derecho Público, tuvo un reconocimiento bastante más tardío en nuestras universidades —de lo cual Valentín Letelier daba cuenta en 1904—,⁹ que no es posible de comparar con, por ejemplo, lo que ha sido el Derecho Privado o Eclesiástico.

En definitiva, la doctrina del siglo XIX y una buena parte del XX solamente pudo describir las organizaciones administrativas, las autoridades y su forma de integración o nombramiento, las funciones que ejercían y dentro de qué materias decidían (abastos, hospitales, cárceles, sanidad o higiene pública, orden público, instrucción pública, espectáculos públicos, etc.). Pero, no analizó cómo ellas actuaban en prácticamente ningún aspecto. Recién en los últimos cuarenta años, se puso atención en la necesidad de contar con una ley general sobre procedimiento administrativo. Eduardo Soto reseñaba que ya en las IV Jornadas de Derecho Público del año 1965 se había trabajado en la formulación de un proyecto, pero que nunca llegó al Congreso Nacional. Luego, con la entrada en vigencia de la CPR, a lo menos dos proyectos de ley pretendieron concretizar el llamado a legislar del art. 60 N° 18: primeramente, el proyecto de la Comisión

8. Oficio GAB.PRES. N° 004, de 19.06.2003.

9. LETELIER, Valentín, *Apuntaciones de Derecho Administrativo*, Imprenta y Encuadernación Chile, Santiago, 1907, p. 1.

Nacional de Reforma Administrativa, de 1985 y, enseguida, el proyecto presentado por el Gobierno al Congreso Nacional, de 1992, que se retiró de tramitación legislativa, después de pasar tiempo archivado y sin novedades.

II. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los arts. 4 y siguientes de la LBPA establece los principios aplicables. Se trata de ideas matrices o propiedades normativas destinadas a integrar regulativamente —que no de manera simplemente explicativa ni supletoria— las actuaciones que se llevarán a cabo en y para la sustanciación del procedimiento.

1. Principios o pautas adscritas a la instrucción del procedimiento

1.1. Principio de escrituración (el expediente y el registro) (art. 5).

El procedimiento y los actos administrativos que da origen, se expresan por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia. La incorporación en esta disposición de los *medios electrónicos* buscó traducir amplios debates sobre el empleo de instrumentos computacionales en la actividad de la Administración y que, en la ley que comentamos, tiene un apéndice en el art. 19, cuando autoriza que los procedimientos administrativos sean tramitados, sustanciados y llevados a través de técnicas y medios electrónicos. La consagración de este punto de vista se había incorporado con alguna antelación en el art. 8.1 Ley 19.799, al facultar a las personas *relacionarse con los órganos del Estado, a través de técnicas y medios electrónicos con firma electrónica, siempre que se ajusten al procedimiento descrito por la ley y que tales técnicas y medios sean compatibles con los que utilicen dichos órganos*. Así ocurre, v.gr., con el sistema de compras de la Administración a través de internet, conocido como *ChileCompra*; o con los procedimientos de evaluación ambiental (art. 14 bis Ley 19.300).

1.2. Principio de celeridad o de oficialidad (art. 7)

El procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites. A modo de ejemplo, contraría este principio, que un Director de Obras Municipales, frente a una solicitud de permiso de edificación de un particular, no actúe conforme a las alternativas que señala la ley, a saber, no concede ni deniega el permiso, y tampoco formula observaciones, sino que hace devolución de los antecedentes a ese privado sin emitir pronunciamiento alguno que le permita a éste reaccionar en algún sentido.¹⁰

1.3. Principio de economía procedimental (art. 9)

La Administración debe ser eficaz. Lo ordena el art. 5 Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) al exigir de las autoridades y funcionarios que velen por el debido cumplimiento de la función pública. Pues bien, la LBPA impone a la Administración la máxima economía de medios, sin sacrificar por ello su eficacia. Parte de esa economía de medios se logra evitando trámites dilatorios. La necesidad de evitar actuaciones dilatorias se refuerza porque se debe decidir en un solo acto todos los trámites que por su naturaleza admitan un impulso simultáneo.

Ideas afines a la economía procedimental se encuentran en el hecho de que los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos deberán consignar, en la comunicación que al efecto se les curse, el plazo establecido para realizarlos. También, en la circunstancia de que las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de determinadas actuaciones, no suspenden la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.

1.4. Principio de la no formalización (art. 13).

Las formalidades que se exijan dentro del procedimiento deben ser las indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar

10. Corte Suprema, 21.04.1999, Rol N° 808-99.

perjuicios a los particulares. La *no formalización* es, entonces, una aspiración del legislador de entender que el procedimiento administrativo es, por regla general, *no formal* o que se sujeta a un *formalismo moderado*, de manera que deben satisfacerse solamente las formas y ritualidades que se hallen contempladas en la ley o el reglamento y solamente en cuanto ellas sean indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y eviten perjuicios a particulares. Incluso la ley prescribe que el vicio de procedimiento 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 (principios de la trascendencia y de la conservación).¹¹

2. Principios o pautas adscritas al aspecto garantístico del Procedimiento Administrativo.

2.1. Principio de gratuidad (art. 6)

Las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración son gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario. La gratuidad tiene por finalidad permitir a toda persona la posibilidad de actuar en un procedimiento administrativo en el que no deben existir otros gastos distintos que los que eventualmente pueda llegar a ocasionar la práctica de las pruebas propuestas por el interesado.¹² Hace excepción a lo anterior, los casos en que la ley autoriza a la Administración cobrar tasas o derechos por sus servicios. Ejemplo: costo de un certificado de nacimiento o de un certificado sanitario para exportación de productos vegetales.¹³

11. Corte Suprema, 24.09.2010, Rol N° 1082-10.

12. Cfr. ABERASTURY, Pedro, y CILURZO, María R., *Curso de Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 39.

13. Corte Suprema, 26.07.2007, Rol N° 2951-07.

2.2. Principio conclusivo (art. 8).

Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad. Esto es lo que se conoce también como el principio *in dubio pro actione*: todo procedimiento ha de asegurar la dictación de una decisión final,¹⁴ que es el *acto administrativo terminal*: un decreto, una resolución o un oficio que se pronuncia sobre el fondo del asunto, materia o cuestión que ha sido objeto del procedimiento.

La resolución administrativa final contiene una decisión que debe ser fundada, es decir, el propio texto del acto administrativo debe dejar constancia explícita de las razones de hecho y de derecho en base a las cuales se adopta la decisión.¹⁵ En este sentido, el art. 11.2 prescribe que *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*.

Cuando la LBPA exige que un acto sea fundado, quiere decir que el acto debe estar *motivado*, esto es, que *deben señalar los hechos y fundamentos [de derecho] en que se sustentan*.¹⁶ La obligación de fundar el acto rige tanto para los reglados, como para los de tipo discrecional. Claro está, que en el acto discrecional la fundamentación tiene un papel gravitante: asegurar que las actuaciones de la Administración sean concordantes con el objeto considerado por la normativa pertinente al otorgarlas, desprovistas de toda arbitrariedad y que no signifiquen una desviación de poder (Dictamen CGR N° 53.497/2007).

2.3. Principio de contradictoriedad (art. 10).

Este principio resguarda la igualdad de todos los interesados en el procedimiento (derecho a ser escuchado). En efecto, los interesados po-

14. SOTO, Eduardo, *El Procedimiento Administrativo* (p. 79-94), Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1982, t. LXXIX, sec. 1, pág. 88.

15. SANTAMARÍA, Juan A., *Principios de Derecho Administrativo*, t. II, 3era ed., Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2002, p. 103.

16. Corte Suprema, 05.05.2008, Rol N° 2012-2008.

drán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio y alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Independientemente si el procedimiento se ha iniciado de oficio o a petición de parte, es de su esencia la posibilidad de que se hagan valer los distintos intereses en juego y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados o considerados¹⁷ en presencia de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva por la autoridad. No se trata de aceptar la participación de los interesados porque ellos legitiman decisiones mecánicas de la Administración. Por el contrario, si aquéllos participan en el procedimiento administrativo, lo es para que lo que digan o aleguen sea verdaderamente analizado, estudiado y considerado al momento de adoptar una decisión administrativa.

2.4. Principio de imparcialidad (art. 11)

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. La Administración no puede ser neutral respecto del propio Gobierno al que sirve, por lo que la paradoja está en la circunstancia de que no siendo ella neutral, sin embargo, ella debe orientarse, de un modo objetivo, al interés general.¹⁸ A lo anterior se agrega algo que es conocido de todos: en el procedimiento administrativo, la Administración reúne la doble condición de juez y parte, razón por la cual el principio de la imparcialidad, característico del proceso, se relativiza.

17. CORDERO, Luis, "Procedimientos Administrativos y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa" (p. 301-340), en *La Justicia Administrativa*, Juan C. Ferrada, Chile, 2005, p. 321.

18. Cfr. MARÍN, Hugo A., *Discrecionalidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 368 y s.

En todo caso, hay en el ordenamiento jurídico-administrativo algunos ejemplos de *independencia estricta*. Tal es el caso de la separación de la autoridad que debe instruir una investigación sumaria o sumario administrativo para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de un funcionario público, y la autoridad llamada finalmente a tomar la decisión sancionatoria o exculpatoria. El principio garantiza, entonces, a los ciudadanos una mínima imparcialidad exigible a los agentes públicos, a través de la tipificación de causales de recusación, o sujeto a la obligación de declarar la propia implicancia, que conlleva el deber del agente de abstenerse de actuar.

2.5. Principio de abstención (art. 12)

El principio de abstención o, también, de implicancia, no tiene como destinatario a un organismo administrativo, sino que en lo medular se dirige a la persona natural que es titular o que por otras razones se encuentra ejerciendo un cargo público, para que evite actuar dentro de un procedimiento administrativo específico, de forma tal de mantener incólume la necesidad de que las personas naturales que intervengan por la Administración mantengan la debida imparcialidad sobre los derechos e intereses en juego, así como la suficiente libertad de juicio y decisión.

A partir de un análisis sobre los tipos de eventos que provocan el deber de abstención, es posible concluir que los servidores públicos a quienes se aplica este principio son quienes tienen una posición sensible o relevante en la tramitación y decisión terminal.¹⁹

19. Tales son los siguientes casos: (a) tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado; (b) tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato; (c) tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas anteriormente; (d) haber tenido intervención como perito o como testigo en el

La ley también dispone que la actuación de autoridades y los funcionarios de la Administración en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido. Pero, la no abstención, en los casos en que proceda, dará lugar a responsabilidad administrativa. La invalidación del acto administrativo dependerá finalmente de que a su respecto se configure algún vicio de ilegalidad, sea por desviación o abuso de poder,²⁰ ya que la sola inhabilitación del funcionario no alcanza a dejar sin efecto lo actuado por éste.

Finalmente, los interesados tienen el derecho de promover la inhabilitación de las autoridades o funcionarios en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. La inhabilitación se planteará ante la misma autoridad o funcionario afectado, por escrito, en el que se expresará la causa o causas en que se funda. Entendemos que el reclamo de inhabilitación que pueda interponer un interesado no puede sostenerse en una simple suposición de afectarle a un funcionario una causal legal, sino que debe fundarse en hechos ciertos y que puedan comprobarse.

2.6. Principio de inexcusabilidad (art. 14)

La Administración debe dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación; obligación que se refiere tanto a los procedimientos iniciados por solicitud de parte como a los de oficio, independiente si afectan a cualquier interesado de forma individual o colectiva; puesto que si la facultad de instruir y resolver los procedimientos administrativos corresponde a los órganos administrativos en virtud de su competencia, ésta es irrenunciable e impone un deber funcional de decidir.²¹

procedimiento de que se trate; (e) tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

20. ROJAS, Jaime, *Notas sobre el Procedimiento Administrativo establecido en la Ley N° 19.880*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, https://www.cde.cl/resultado_busqueda.php?parametro=Rojas&bot_buscar.x=8&bot_buscar.y=8.

21. Cfr. GÓMEZ, Marcos, *La Inactividad de la Administración*, 3era ed., Aranzadi, España, 2002, p. 492 y s.

Es de tal importancia este principio, que la LBPA resuelve el problema de la *presentación indirecta*, es decir, de la solicitud del interesado que, por cualquier razón, ingresa ante un órgano administrativo incompetente. En este caso se prohíbe que el órgano administrativo dictamine su incompetencia para luego devolver la solicitud al interesado, sino que se le impone el deber de remitir derechamente esos antecedentes a la autoridad que efectivamente es competente, informando de ello al interesado. En definitiva, el error del ciudadano, no justifica que el funcionario en cuestión pueda tirar al papelero dicha solicitud o que esa autoridad se pronuncie formalmente por el rechazo de la solicitud, invocando precisamente su incompetencia administrativa. Tampoco actúa válidamente aquel funcionario receptor de la solicitud errónea si informa o avisa precisamente al interesado que ella se ha presentado a la autoridad equivocada. La ley exige un comportamiento mucho más activo y amistoso con el interesado: la autoridad incompetente debe remitir los antecedentes a la que lo sea, informando de ello al solicitante.

2.7. Principio de impugnabilidad

Impugnar un acto administrativo es reconocer que la Administración se encuentra sujeta a control y evaluación. El objetivo de este control o evaluación es analizar la calidad del ejercicio de la función administrativa a partir de parámetros tales como rectitud objetiva (juridicidad y racionalidad), rapidez, oportunidad, deferencia con los intereses y derechos de quienes resultarán afectados, entre otros; vinculando el resultado de cada uno de ellos a distintos sistemas sancionatorios, positivos (recompensas) o negativos (castigos).²²

El acto administrativo es siempre impugnabile por vía administrativa y jurisdiccional, por causa de *ilegalidad*. Por mandato de los arts. 6 y 7 CPR, arts. 2, 10 y 11 LOCBGAE y art. 64 a) DFL Hacienda N° 29, de 2004, Ley sobre Estatuto Administrativo (LEA), en primer término, debe ser la propia Administración la que declare la ilegalidad de sus actos. Lo

22. THIEME, Werner, *Verwaltungslehre*, 4ª ed., Carl Heymanns, Alemania, 1984, p. 332-333.

anterior, sin embargo, no obsta al ejercicio de la función jurisdiccional que cabe desempeñar a los tribunales de justicia, ordinarios o especiales, por vía de acciones conservadoras de derechos fundamentales de las personas y anulatorias y resarcitorias, según un proceso contencioso-administrativo general o especial.

Por “interesado” se entiende a quien el ordenamiento jurídico confiere la acción impugnativa. Dado que en Chile rige el principio de tutela subjetiva, por el que al sistema impugnativo –administrativo y jurisdiccional– *no le interesa tanto un cumplimiento objetivo de la legalidad, como la indemnidad de la esfera de libertades que pretende asegurar mediante la sujeción normativa.*²³ En otras palabras, y salvo casos excepcionales regulados en la ley, no se trata de conferir la acción a cualquier persona, sino que restringirla a un universo de personas que detentan ciertas cualidades especiales: titularidad de un derecho subjetivo o, en su defecto, de un interés actual que pretende obtener protección para una situación jurídica legítima.

3. El principio de la protección de la confianza legítima

A diferencia de los anteriores principios, la protección de la confianza legítima no es un principio que tenga una expresa consagración positiva. No quiere decir ello que la LBPA no contenga normas atinentes y que plasman el principio dentro de la realidad administrativa chilena.

En lo que dice relación con el procedimiento administrativo, la protección de la confianza legítima puede apreciarse en dos vertientes principales. Primero la obligación de la Administración de tomar decisiones y transparentar las razones que le han motivado en cada caso. La Corte Suprema ha dicho que la ausencia de la *expresión de las motivaciones conduce a la ilegalidad del acto administrativo*²⁴, ya que esa omisión atenta contra la seguridad jurídica de las personas y la protección de la confianza legítima que ellos tienen en que sus solicitudes serán consideradas razona-

23. GÓMEZ, Marcos, *La Inactividad ...*, cit., p. 59.

24. Corte Suprema, 05.05.2008, Rol N° 2012-2008.

blemente por la Administración. Segundo, la prohibición de la Administración de dejar sin efecto decisiones previas que han beneficiado a una persona y que entiende que es titular de unos derechos que ha adquirido legítimamente y, por ello, no pueden serle ya desconocidos por la Administración. El volver sobre sus pasos de la propia Administración genera inseguridad jurídica; misma que el particular destinatario del acto administrativo busca que no se afecte.

Cuando la Administración revisa sus propios actos puede decidir dejarlos sin efecto, sea porque constata que ellos son contrarios al ordenamiento jurídico (invalidación) o porque lo decidido en esos actos ha dejado de ser meritorio o conveniente al interés público (revocación). Nos concentraremos en estas últimas cuestiones, ya que sobre la motivación del acto administrativo nos referimos *ut supra*.

3.1. La invalidación del acto administrativo (art. 53.1)

La invalidación es el acto de contrario imperio que dicta la Administración como consecuencia de un procedimiento administrativo revisor o impugnatorio, y por cuya virtud se anula una medida anterior, que se estima ilegal y para así restablecer el orden jurídico quebrantado.

El fundamento esencial de la atribución invalidatoria está en que la Administración no sólo al elaborar, dictar o perfeccionar un acto administrativo tiene que observar el elemento de juridicidad que se contiene en los arts. 6 y 7 CPR, sino que, también, si en la etapa de ejecución o cumplimiento del acto administrativo advierte que él es antijurídico, la Administración no sólo tiene atribuciones para restablecer el orden jurídico quebrantado, sino que se halla obligada a ello²⁵; es decir, *puede y debe* invalidar sus actos contrarios a Derecho (Dictamen CGR N° 67.420/1969). La antijuridicidad puede contenerse en un defecto de cualquiera de los elementos que estructuran un acto administrativo: puede tratarse de una *irregular investidura o nombramiento en un cargo público* del autor del acto (art. 7.1 CPR); o, una falta de *competencia* (art. 7.1 CPR); o una infracción de *envergadura en el procedimiento y formalidades administrativas*

25. REYES, Jorge, *Invalidación y Nulidad de los Actos Administrativos y otros estudios*, 2ª ed., Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 128 y s.

establecidas en la ley (art. 7.1 CPR); o una infracción a la juridicidad material que se manifestará en el objeto o el motivo del acto administrativo (art. 6 CPR) y que puede adoptar la forma de ilegalidad, propiamente tal, o de arbitrariedad.

La invalidación es el nombre que toma la declaración de nulidad cuando es hecha por la propia Administración, que no por los tribunales de justicia.²⁶ Consecuencia de lo anterior es que la invalidación produce efecto retroactivo, puesto que ningún derecho patrimonial podría alegar a su respecto la persona que se ha beneficiado de un acto inválido o no conforme a derecho.²⁷ Sin embargo, la jurisprudencia administrativa y judicial ha consagrado limitaciones basadas en los principios de seguridad jurídica, retroactividad y derechos adquiridos de buena fe²⁸ y, por último, en la posibilidad real de llevar a efecto la invalidación del acto.²⁹ Otro tanto ocurre con diversas normas legales que disponen que los efectos de la invalidación solamente operan para el futuro, como es el caso ejemplar de la invalidación del nombramiento en un cargo público que se hace de una persona inhábil (art. 63.2 LOCBGAE).

Una *invalidación de oficio* de los actos contrarios a derecho cabe ser declarada por la autoridad administrativa. Pero, como protección de la confianza legítima, la invalidación requiere primero, que se confiera una previa audiencia del interesado, y que se ejerza dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto en cuestión. En otras palabras, la invalidación está sometida a una consideración procesal y otra

26. Rolando Pantoja recuerda que las denominaciones *revocación e invalidación* derivaron de un acuerdo de los administrativistas uruguayos y chilenos en las II Jornadas Chileno Uruguayas de Derecho Comparado (1957). En ellas, y para poder alcanzar precisión jurídica, además se reservó la voz nulidad para denotar la extinción de un acto administrativo por sentencia jurisdiccional. PANTOJA, Rolando, *La actividad jurídica de la Administración del Estado*, apuntes de clases Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, p. 34. También, MONTT, Santiago, *El Dominio Público*, Conosur, Santiago, 2002, p. 360.

27. V.gr.: Corte de Temuco, 10.08.2009, Rol N° 830-09.

28. Corte Suprema, 28.02.2006, MJCH_MJJ17667 | RDJ17667.

29. PANTOJA, Rolando, *La actividad jurídica ...*, cit., p. 33. También, Dictámenes CGR N° 25.649/1956 y 56.630/1956, 24.049/1969, y 6.742/1969 y 24.049/1969.

temporal. La consideración procesal es el *debido proceso*,³⁰ específicamente en lo que respecta a una necesaria bilateralidad, a través de esa *audiencia al interesado*, lo que incluye el derecho de la persona de formular sus descargos y aportar antecedentes que contradigan los motivos utilizados por la Administración para proceder a la invalidación. La consideración temporal hace caducar la potestad invalidatoria de la Administración al cabo de dos años contados desde la comunicación del acto administrativo que se pretende dejar sin efecto.

3.2. La revocación del acto administrativo

La revocación priva de efectos *ex nunc* a un acto administrativo por ser o pasar a ser éste contrario al interés público o general o, específicamente, del objeto o giro y bienes públicos de la entidad emisora del acto. Esta institución no supone confrontar el acto administrativo desde el punto de vista del *bloque de legalidad* al que debe total observancia por aplicación del *principio de juridicidad*, sino que a un criterio subjetivo de la propia Administración, a saber, la calificación de un nuevo interés general, la conveniencia de otorgar una nueva regulación ante necesidades públicas cambiantes, o la circunstancia de que la norma decretal ha dejado de ser tenida como valiosa ante un nuevo escenario fáctico. Natural corolario de lo dicho es entender que el fundamento de la revocación es el cambio de uno de los presupuestos del acto administrativo original, que lo desajustan respecto del interés general tenido en vista cuando se dictó.³¹ En todo caso, lo antes dicho no significa negar la posibilidad de revocar actos administrativos que al mismo tiempo son irregulares, pero que rigen y tienen vigencia porque el vicio de que adolecen no es de una entidad tal que haya requerido su anulación.

La revocación opera de manera natural allí donde hay actos administrativos cuyos efectos se cumplen sucesivamente en el tiempo.³² Por lo

30. Cfr. Corte de Temuco, 10.08.2009, Rol N° 610-2009.

31. FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 46ª ed., Porrúa, México, 2007, p. 307.

32. CARMONA, Carlos, *El Acto Administrativo*, apuntes de clases Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 1999, p. 22.

mismo, se niega la posibilidad de ser revocados los *actos instantáneos* o cuyos efectos ya se han agotado o consumado. Asimismo, la seguridad jurídica exige que la revocación no afecte los derechos y situaciones jurídicas que han sido creados o reconocidos por la ley o por la propia Administración, en provecho o beneficio de las personas. La solución a este problema está en aceptar la mutabilidad de las normas decretales, siempre que no haya derechos de terceros afectados, de aquellos que han ingresado en sus esferas jurídicas subjetivas. Lo anterior tiene, también, un sustrato jurídico constitucional (art. 19 N° 24 CPR): una persona no podría verse afectada en sus *derechos adquiridos* por vía de la revocación administrativa. Por lo mismo, es pacífico en la doctrina y jurisprudencia que la revocación no tiene efecto retroactivo.

Para la LBPA, la regla general es la procedencia jurídica de la revocación, pero, ello no significa que la LBPA no establezca ciertas limitantes a su ejercicio. Dichos límites son:

Primer límite: actos declarativos o creadores de derechos legítimos. Este es el caso de los derechos adquiridos, es decir, de situaciones de beneficio que han cedido a favor de una persona, que está conforme a Derecho. En otras palabras, este límite refleja en la Administración una *falta de disponibilidad* de los efectos del acto que pudiere ser objeto de la revocación.

Segundo límite: si la ley ha determinado expresamente otra forma de extinción de los actos. Casos de esta clase solamente pueden estar previstos de un modo excepcionalísimo en el Derecho. Un ejemplo en que la ley prevee una forma extintiva que reemplaza a la revocación es el del acto administrativo de nombramiento de una persona como titular en un cargo público; aquí la revocación es inimaginable, ya que al pertenecerle el cargo en propiedad (art. 4.2 LEA), el funcionario solamente puede ser cesado en él por alguna de las causales establecidas en el art. 146 LEA,³³ so pena de configurarse una infracción del art. 19 N° 24 CPR.³⁴ Otro ejem-

33. (1) Aceptación de renuncia; (2) obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo público; (3) declaración de vacancia; (4) destitución; (5) supresión del empleo; (6) término del período legal por el cual se es designado, y (7) fallecimiento.

34. Cfr. Corte de Valdivia, 20.05.2008, Rol N° 127-08.

plo es el acto que convoca a una licitación para perfeccionar un contrato de la Administración, el que una vez recibidas las ofertas solamente podría ser extinguido dictando el correspondiente acto que declara desierta la licitación (art. 9 Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (LBCA)).

Tercer límite: la naturaleza de la regulación legal del acto. No es posible proceder por vía de revocación cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sea dejado sin efecto. Entendemos que en esta última categoría caben todos los actos administrativos cuyos efectos se encuentran regulados por la ley o que se han cumplido o han agotado sus efectos.³⁵ El trasfondo de este límite se encuentra en la naturaleza de las cosas: debe impedirse una revocación de los actos reglados y de aquellos que materialmente se han consumado, puesto que la revocación sería jurídica y/o materialmente *imposible de cumplir*. Este sería el caso ejemplar de un acto certificatorio –v.gr.: un certificado de informaciones previas sobre un inmueble ubicado dentro de la comuna, que emite el Director de Obras de la municipalidad respectiva–;³⁶ o de la carta de otorgamiento de nacionalidad, cuya vigencia no puede ni debe quedar sujeta a la simple conveniencia de la Administración; en este caso, solamente cabe proceder por vía de una cancelación fundada en una causal que hace indigna a la persona a quien se le concedió la nacionalidad. Tal es, también, el caso de la resolución que dicta el Servicio de Impuestos Internos conforme al art. 5 Ley 19.903,³⁷ que otorga la posesión efectiva de una herencia de un fallecido, cuya vigencia de efectos, por razones obvias no puede pender de una apreciación subjetiva por parte de la Administración.

Cuarto límite no reconocido explícitamente en la LBPA: el acto que no es contrario al interés general. Sabemos que la institución de la revocación no está basada en el interés de los particulares, sino que fundamental-

35. Existe reiterada jurisprudencia de la CGR en el sentido de que los actos que afinan un procedimiento reglado por la ley no procede que sean revocados o modificados por razones de mérito, oportunidad o conveniencia (Dictámenes CGR N° 4.590/1961; 26.568/1972; 45.250/1973; 32.132/1976 y 46.234/2001).

36. Cfr. Corte de Santiago, 03.08.1999, RDJ, t. XCVI (1999), 2ª parte, sec. 5, p. 204 y s.

37. Se trata de la ley sobre procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia y que adecúa la normativa procesal, civil y tributaria sobre la materia.

mente en el cuidado del interés general.³⁸ Ahora bien, no obstante que la LBPA calla al respecto, parece claro que un acto administrativo no puede ser revocado –aun cuando se no halle comprendido en ninguno de los tres límites antes indicados–, si es que él objetivamente no deviene en contrario al interés general. En efecto, en todo acto administrativo –incluso en los revocatorios– el motivo es un elemento esencial del mismo, de manera que faltando éste, el acto que se dicta es impugnabile administrativa o judicialmente, por vicio de ilegalidad.³⁹ Ahora bien, estimamos que solamente es posible justificar que un acto es contrario al interés general cuando su permanencia amenaza real, directa y gravemente intereses generales o bienes públicos, cuya causa bien puede ser una alteración o cambio en la situación fáctica o jurídica que impera en un momento dado.

4. El principio de la razonabilidad y, también, de la proporcionalidad

Lo razonable, mesurado y proporcional trasciende la esfera de lo administrativo. Ella se difumina en todos los ámbitos del quehacer público. Su ámbito de aplicación abarca todo ejercicio del poder público, especialmente allí donde al Estado se lo ha dotado de un cierto margen de apreciación para actuar en su función de satisfacer las necesidades públicas.⁴⁰

La doctrina y la jurisprudencia han explicado los conceptos de *razonable*, *proporcionado* y *arbitrario* a la luz de criterios jurídicos. Así, Eduardo Soto⁴¹ señala que “arbitrario” es la voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho; si arbitrariedad indica voluntad no gobernada por la razón, significa un acto o una omisión carente de razonabilidad; lo razonable da necesariamente idea de rectitud de, o en, las operaciones, el modo de ser racional, proporcionado, equilibrado, justo; lo razonable, pues, signi-

38. FRAGA, Gabino, *Derecho...*, cit., p. 309.

39. Cfr. MONTT, Santiago, *El Dominio...*, cit., p. 363.

40. Cfr. SOTO, Eduardo, *El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 188.

41. SOTO, Eduardo, *El Recurso...*, cit., p. 188.

fica lo conforme a razón, un uso proporcionado de los medios para obtener un fin, proporción del actuar con el fin que conseguir o lograr.

La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha entendido la arbitrariedad, de un modo general, como la errada apreciación o valoración de los presupuestos de hecho y de derecho que determinan el actuar de la Administración; sea por una equivocada interpretación de los mismos; por una no razonable aplicación de tales supuestos condicionantes de la acción o de la omisión; o por su cabal ausencia en un determinado caso concreto. En sentencia de la Corte de Rancagua⁴², confirmada por la Corte Suprema, se dejó asentado que por la vía de un recurso de protección, el órgano jurisdiccional queda habilitado para analizar el acto impugnado precisando los marcos jurídico, de justicia y de razón dentro del cual debió efectuarse. El *marco jurídico* está dado por la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales pertinentes y los principios generales del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo. El *marco de justicia* está precedido por las nociones de bien común, de igualdad de oportunidades y de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas. Finalmente, el *marco de razón* está dado por los principios del razonamiento lógico y del juicio de prudencia (proporcionalidad).

Ahora bien, en lo que respecta a la institución del *procedimiento administrativo* y, específicamente, del acto administrativo regulado por la LBPA, hay evidencia de que para los tribunales de justicia, la carencia de fundamentos del acto administrativo además de ser ilegal, resulta también ser arbitrario o no razonable por afectar negativamente los derechos de las personas⁴³ y, a veces, también por perjudicar al propio interés general de la colectividad.⁴⁴ También es arbitrario el acto que, no obstante tener esa necesaria fundamentación, ella no es idónea para justificar lo decidido.⁴⁵ Pero, no es arbitraria la decisión orgánica que es precedida de la audiencia de los afectados y de la adecuada actividad investigadora de la Administra-

42. Corte de Rancagua, Rol N° 1.507, RDJ, t.XCV, 2ª Parte, Sec. 5, 1998, p. 156 y s.

43. V.gr.: Corte de Concepción, 18.10.2005, MJCH_MJJ17451 | RDJ17451. Corte de Santiago, 04.07.2008, Rol N° 8273-2007.

44. V.gr.: Corte de Santiago, 04.07.2008, Rol N° 8273-2007.

45. Corte Suprema, 28.04.2005, Rol N° 1.461-2005.

ción, y que pondera esas alegaciones frente a los demás antecedentes del expediente, especialmente los que emanan de otras autoridades públicas competentes.⁴⁶

III. MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Los interesados

El Derecho Administrativo reconoce, acepta e, incluso, en ciertos casos promueve, la participación de las personas en los procedimientos administrativos, ya sea para que actúen en calidad de titulares de derechos o de intereses jurídicos o, a veces, como simples actores que ejercen una acción pública en beneficio de la comunidad toda. En efecto, en un procedimiento administrativo, cualquiera sea éste, frecuentemente orbitan personas y entes de todo tipo, a quienes se les conoce con distintas denominaciones: el *ente administrativo*, el *destinatario* o la *parte pasiva*, el *interesado*, el *licitante*, el *proponente* o el *oferente*.

La doctrina considera que son *interesados* una diversidad de personas que participan del procedimiento administrativo puesto que actúan en él o, de no hacerlo directamente, se verán beneficiados o perjudicados con la decisión final.⁴⁷ En otras palabras, estas partes interesadas comprenden a la propia parte, así como a cualquier tercero que se apersona en el procedimiento. En todo caso, cuando la LBPA habla de los interesados, siempre se está refiriendo a *personas*, es decir, a sujetos de derecho, que es lo mismo que explicar que se trata de un ser capaz de tener derechos y

46. Corte de Temuco, 09.06.2010, Rol N° 271-2010.

47. SILVA C., Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes*, 1era. ed., Santiago, 1995, p. 255.

obligaciones,⁴⁸ sea persona natural o jurídica. Por lo mismo, la ley excluye en principio de la calidad de *interesado* a simples colectivos o consorcios que no alcanzan a constituir una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros o integrantes, o a los que la ley no les reconoce una especial capacidad de titularizar derechos y acciones. En estos casos, los interesados, dentro del procedimiento administrativo, solamente podrían ser los miembros o integrantes del colectivo o consorcio, actuando todos ellos en conjunto o debidamente representados por un apoderado común.

La legitimación de una persona para actuar en un procedimiento administrativo en calidad de interesado –sea iniciándolo o apersonándose durante su sustanciación y hasta antes de haberse dictado resolución definitiva–, requiere la invocación de un derecho o interés individual o colectivo (art. 21). La amplitud de esta formulación hace concluir, en principio, que cualquier persona puede actuar dentro de un procedimiento administrativo y que la autoridad administrativa tiene negada cualquier facultad de discriminar respecto de quien puede apersonarse en el expediente. Esta idea es, en sede administrativa, el correlato del *derecho a la acción*, es decir, del derecho que tiene toda persona de ocurrir por vía jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos (arts. 19 N° 3; 38.2; y 76, CPR).

La clasificación de tipos de interesados que se contiene en la ley (art. 21) no tiene mayor importancia procedimental, puesto que se concede formalmente a todos ellos unos mismos derechos:

1.1. Las personas que promuevan el procedimiento administrativo como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos

Se trata de personas, públicas o privadas, que solicitan o dan inicio al procedimiento para su propio beneficio o de las personas que representan. En otras palabras, estas personas son interesadas como consecuencia de su propia decisión o actitud frente al procedimiento, al decidir promoverlos *motu proprio*. Dicha actividad inicial se concreta en el ejercicio del derecho que se reconoce en el art. 28 LBPA. El *principio de rogación* –que

48. ALESSANDRI, Arturo *et al.*, *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, t. I, 1era. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 353 y s.

atiende a la petición del particular interesado como la condición misma para que se dé inicio a un procedimiento administrativo— explica que la solicitud que presenta una persona a la Administración es verdaderamente un requerimiento expreso y formal para que emita una decisión o acto administrativo.

1.2. Las personas que sin haber iniciado el procedimiento administrativo, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte

Estas personas son titulares de derechos que pueden verse afectados o inclusive lesionados con motivo de la decisión final o acto terminal que dicte la autoridad administrativa. Creemos que estos interesados deben estar expuestos a una afectación directa e inmediata por el acto administrativo terminal. En el caso de la ley española, estos interesados – conocidos como *interesados típicos o activos* – son titulares de derechos que se concretan de una u otra manera en pretensiones activas frente a la Administración.⁴⁹

Ahora bien, la titularidad de unos derechos que se pueden hacer valer ante la Administración, hace que quienes están llamados a ejercerlos sean entonces interesados *per se*, esto es, sin necesidad de haber tenido que iniciar el procedimiento o de apersonarse o comparecer en un procedimiento ya abierto y en sustanciación. En cuanto tales, se trata muy probablemente de *destinatarios directos o primarios* del acto administrativo, pero que no se han apersonado al mismo, sino que han dejado la iniciativa a la propia Administración para que actúe de oficio.

Además, cabe incorporar dentro de esta categoría a todas las personas que no siendo destinatarias primarias del acto administrativo, puedan verse afectadas de un modo negativo por el cumplimiento y ejecución de dicho acto. En este caso se encuentra, por ejemplo, la persona natural que participa en un concurso para ocupar un cargo público, pero a quien no le es adjudicado el empleo, en definitiva. Otro ejemplo en este sentido es el del destinatario de la resolución que califica favorablemente un Estudio de

49. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 6ta. ed., Civitas, España, 1999, p. 472.

Impacto Ambiental, quien detenta la calidad de “titular” del estudio, muy probablemente se tratará de un empresario que desea desarrollar una cierta actividad económica. En cambio, los vecinos del sector donde se desarrollará dicha actividad económica, no siendo destinatarios directos de la resolución que emita la autoridad ambiental, pueden ver afectados en grado de amenaza, perturbación o privación, sus propios derechos subjetivos, v.gr.: el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

1.3. Las personas que no invocan un derecho, sino solamente intereses, de carácter individual o colectivo, y que pueden resultar afectados por la resolución o acto administrativo terminal y se apersonan en el procedimiento en tanto no haya recaído en él resolución definitiva

Estas personas son interesados dependiendo de la propia actitud que asumen frente a un procedimiento ya abierto y en curso. Este último caso se refiere, además, a personas que no son titulares de derechos, sino solamente de intereses que pueden verse afectados, y a los cuales, en su defensa, la ley les exige una necesaria actividad dentro del procedimiento administrativo. La posibilidad de que estos intereses puedan ser representados y considerados formalmente dentro de un procedimiento administrativo, disminuye el riesgo de que de otra manera ellos se representen por medio de vías de hecho: huelgas, bloqueos (v.gr.: los sindicatos, asociaciones de funcionarios, gremios). Lo anterior no nos permite concluir, sin embargo, que la LBPA establezca algo así como un proceso automático de compensación de intereses privados y sociales de todo orden. Por lo mismo, los intereses que allí se consideran solamente pueden ser los que las personas expresamente pongan en conocimiento de la Administración.

Al igual que en el caso anterior, entendemos que estas personas deben acreditar una afectación directa por el eventual contenido del acto administrativo terminal que se dicte, que no una simple consecuencia mediata o indirecta.

Probablemente, el deber que pesa en estas personas de apersonarse en el procedimiento, se debe a la circunstancia que la Administración no estará, a su turno, compelida a tomar en consideración sus posiciones personales a la hora de dictar el acto administrativo terminal, si es que aquéllas no han sido hechas valer e incorporadas en el procedimiento. En otras

palabras, no existirá posibilidad de hacer un reproche útil a la Administración allí donde su acto administrativo terminal afecta intereses de esta clase de interesados, si es que éstos no han puesto en conocimiento del órgano de la Administración cuáles son los intereses en juego y la manera o forma cómo se podían ver perturbados.

2. La capacidad de los interesados

Para ser parte en un procedimiento administrativo y actuar ante la Administración se requiere contar con la capacidad de ejercicio necesaria, a saber, aquella establecida en el Derecho Común. Esta capacidad es la aptitud legal de una persona de poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra (art. 1445.2 Código Civil). El art. 20 LBPA reconoce capacidad administrativa a personas naturales o jurídicas que gocen de ella o la ejerzan con arreglo a las normas generales (arts. 1445 y s. Código Civil). La capacidad administrativa es algo más amplia que la civil, ya que para la LBPA, también tienen capacidad los menores de edad, en cuanto se trate del ejercicio y defensa 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. Esta idea provino de una indicación del senador Enrique Silva Cimma, quien hizo ver a las Comisiones conjuntas del Senado que esta capacidad les estaba otorgada a esos menores por virtud de convenciones internacionales vigentes en Chile, que les reconocen derechos a recurrir ante los organismos públicos.

3. ¿Existen posiciones de equilibrio material de todos los interesados ante la Administración?

La cuestión busca responder si los interesados que actúan dentro de un procedimiento administrativo, lo hacen en condiciones equiparables desde un punto de vista del poder de negociación y competencia leal.

Mientras que la LBPA agrupa como *interesados* a distintas personas, sin distinción entre quien es *parte*, quien es *tercero* o quien es *actor*, en materia, por ejemplo, de formulación de políticas públicas o de normas sublegales de alcance general (propias de los reglamentos que ejecutan leyes), se habla de *actores*, *partidarios* y *opositores* que actúan indistintamente a través de canales formales e informales, pretendiendo ejercer influencia sobre la autoridad. En este último escenario, la posibilidad de interacción de la persona con la autoridad administrativa está más reducida. En palabras más sencillas, cuando se trata de la dictación de un reglamento que ejecuta una ley, es prácticamente inexistente la participación de los ciudadanos durante la elaboración del mismo.⁵⁰ Sin embargo, poco a poco, el sistema está permitiendo la participación ciudadana en la formulación de normas generales y abstractas. Por ejemplo, en la Ley N° 19.300 de bases generales del Medio Ambiente, en el párrafo 1° bis, intitulado “De la Evaluación Ambiental Estratégica”, se establece que el reglamento de evaluación ambiental estratégica (al que se someten las políticas y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad) deberá considerar formas de participación del público interesado y formas de publicidad de la política o plan, así como su reformulación posterior, considerando una difusión masiva, completa y didáctica hacia los afectados y la comunidad en general, en lo referente a los contenidos, alcances y efectos de la política o plan, así como de su reformulación posterior (arts. 7 bis y 7 ter).

Los *actores* pueden constituirse de una manera compleja: una función, un grupo, un comité, un equipo burocrático, un gremio, una empresa, una coalición, una asociación, un partido político o, incluso, un Estado.⁵¹ Los grupos o asociaciones que se conocen como los *actores corporativos*, se comportan frecuentemente de una manera distinta a como lo

50. A diferencia del caso chileno, en Italia ciertas leyes establecen como condición necesaria para la dictación de un reglamento, que él sea aprobado por organizaciones privadas. Cfr. VON BOGDANDY, Armin, *Gubernative Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 394.

51. Cfr. MELTSNER, Arnold J., “La factibilidad política y el análisis de políticas” (p. 367-392), *La hechura de las Políticas*, L. Aguilar, México, 2003, p. 367-392.

hacen los simples particulares: los primeros actúan en búsqueda de más poder o de reconocimiento del poder formal o informal que ya detentan en teoría y práctica; mientras que los particulares lo hacen más usualmente en la pura y estricta defensa de sus derechos individuales. Además, usualmente los integrantes de los *actores corporativos* no son simples ciudadanos, sino que, en las sociedades altamente desiguales como la chilena, muchas veces se trata de elites; por lo que en algunas ocasiones los actores corporativos no defienden intereses generales ni derechos de las personas comunes y corrientes. Sucede, también, ahora sí en sede administrativa, que es posible que exista una mayor inclinación del órgano que sustancia un procedimiento, a plantear o tomar parte en un escenario de negociación cuando interactúa un actor corporativo, antes que cuando se trata de un particular cualquiera. Esto refleja, en algunas oportunidades, una doble desigualdad respecto de la posición de los ciudadanos individualmente considerados: esos mismos *actores corporativos* tuvieron la oportunidad de ser escuchados y, a veces, influenciar exitosamente la tramitación legislativa en el Parlamento. Luego, actúan como interesados dentro de los procedimientos administrativos, es decir, cuando se trata de ejecutar la misma ley a los casos particulares que rige, [cuasi] *negociando* aquéllo. Estas prácticas son habituales en todos los países, pero no por ello deben ser admitidas sin restricciones o regulaciones particulares que las contengan dentro de márgenes aceptables.

IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La transparencia y publicidad –junto con la probidad– son, probablemente, los principios que tienen una mayor connotación política en la realidad chilena, informando tanto los procesos de modernización del Estado, como la forma en que se ejerce la política y los puntos de contacto entre ésta, el dinero y los *grupos fácticos*. Con ocasión de la entrada en vigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Presidente de la República, Sra. Michele Bachelet, expresó que “el Estado asume un compromiso con la ética pública y expresa ante la comunidad internacional que «los chilenos no tenemos nada que ocultar». Since-

ramente, creemos que hay todavía importantes vacíos normativos, que deben ser llenados (v.gr.: regulación del *lobby*).

Las piedras angulares de la publicidad y transparencia administrativas se concentran en la CPR, la LOCBGAE, la LBPA y la Ley N° 20.285 sobre acceso a la Información Pública (LAIP). El art. 8.2 CPR prescribe que *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*. Esta norma tiene dos sentidos muy claros. Primero, la publicidad y la transparencia no tan sólo rigen para la Administración, sino que ellos son obligatorios para todos los órganos del Estado. Segundo, los actos del Estado y particularmente los actos administrativos, deben ser públicos; y el secreto y la reserva deben estar justificados en causales tipificadas por el Constituyente, contenidas en una ley de quórum calificado.

Por su parte, el art. 13.2 LOCBGAE dispone que la función pública –y la función administrativa inclusive– se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Luego, durante la tramitación legislativa de la LBPA, la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado trató la transparencia y la publicidad de manera conjunta, puesto que ellas fueron consideradas como complementarias una de otra y porque ambas apuntarían a un mismo objetivo, a saber, *facilitar el conocimiento de los fundamentos de las decisiones que adopta la Administración* (art. 13, inc. 2 y 4, LOCBGAE). En este sentido, el procedimiento administrativo se debe realizar 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 en la LAIP y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación (art. 16). En

concreto, ni el expediente ni la decisión terminal de la Administración pueden ser secretos. Por ello, garantizan transparencia los instrumentos que hagan fácil y rápido el acceso del expediente a cualquier persona.

La LAIP complementa el art. 8 CPR en variados sentidos. Primero, consagra el *principio de la transparencia activa*, esto es, el deber jurídico de la Administración del Estado de publicar y poner y mantener permanentemente a disposición del público toda la información relevante que tengan consigo. Segundo, la ley consagra principios rectores del acceso a la información pública, a saber, los principios de *relevancia*; de *libertad de información*, de *apertura o transparencia*, de *máxima divulgación*, de *divisibilidad*, de *no discriminación*, de *oportunidad*, de *control*, de *facilitación*, de *responsabilidad*, y de *gratuidad*. Tercero, la LAIP regula los casos de excepción de acceso a la información pública: (a) si la información requerida afecta derechos de terceros; (b) el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; (c) los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico; (d) la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública; (e) el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país, y (f) si se trata de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado declare reservados o secretos.

Por último, la LAIP ha creado un órgano público especial —el Consejo para la Transparencia—, cuyo objeto es la promoción de la transparencia y la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de la LAIP; ha consagrado un procedimiento para requerir información pública de la Administración y, para evitar que la ley sea burlada, ha establecido las sanciones a que pueden verse expuestos los funcionarios públicos remisos y ha dado una acción de amparo y regulado un procedimiento protectivo al efecto, que es de conocimiento del mismo Consejo y de la Corte de Apelaciones, por vía de recurso de ilegalidad. Fruto de lo anterior es la drástica reducción del *secretismo* al interior de los órganos públicos, tanto porque los funcionarios han asumido que no tienen facultad para negarse a entregar la información que le soliciten los particulares —y de hacerlo, ellos entienden que pueden ser sancionados—, porque el Consejo para la

Transparencia ha adoptado una línea jurisprudencial abiertamente *pro publicidad y transparencia*, ratificada por la Corte de Apelaciones de Santiago, y porque la opinión pública manifiesta su descontento con las autoridades públicas que se niegan a informar o retardan la publicidad (esta cuestión fue una de las causas que calificaron negativamente la gestión del Ministro de Defensa del Gobierno de Sebastián Piñera, recientemente renunciado).

V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los ciudadanos pueden llegar a considerar el procedimiento administrativo como un instrumento que está en sus manos y que les permite cooperar con la Administración. Esto ocurrirá, posiblemente, cuando el ciudadano se convence de que el procedimiento administrativo no disminuye ni sacrifica la calidad o el estándar de las prestaciones del Estado, ni la seriedad y consistencia de sus actuaciones. Máxima calidad de servicios y bienes públicos y plena satisfacción de las aspiraciones de las personas serían, entonces, piedras fundamentales de la colaboración privada en la función administrativa a través de su participación dentro de un procedimiento administrativo.

Es un ideal que toda decisión tomada por un órgano público esté precedida por un procedimiento administrativo que, en un sistema transparente y democrático, permite transparentar la manera cómo se adopta esa decisión, prestar la debida consideración a las opiniones relevantes de los interesados y entregar una decisión final razonable, imparcial y ajustada a Derecho.⁵² En efecto, a partir de las instancias y posibilidades de actuación que la ley ha ido reconociendo a los particulares en la toma de decisión administrativa, se ha podido calificar al procedimiento administrativo –en un sentido jurídico-político– como un instrumento de democratización directa del ciudadano en el proceso de la gestación de la volun-

52. BARROS, Enrique, “Lo público y lo privado en el Derecho” (p. 5-37), Revista Estudios Públicos, 81 (verano 2001), Santiago, p. 13.

tad administrativa.⁵³ Es más, el estudio de los procedimientos administrativos constituye una de las mejores formas de conocer cuál es la real capacidad de un Estado–Administración de dirigir y de cumplir sus funciones, de encontrar, originar y elaborar información, de regular conflictos de intereses al momento de tomar decisiones y de ejecutar esas decisiones.⁵⁴

El reconocimiento expreso de la posición jurídica de los *interesados* frente al procedimiento administrativo significó un avance relevante a nivel nacional. Con todo, la LBPA está en deuda, al no regular adecuadamente un trámite de “audiencia” que hubiere quedado a disposición de cualquier persona para hacer valer allí sus observaciones, comentarios o alegaciones, sin tener que asumir la posición de interesado, propiamente tal. Sabemos que durante la tramitación del proyecto de ley, el senador Andrés Zaldivar propuso como indicación que la Administración quedará facultada para disponer una *audiencia previa con el fin de que las personas o grupos afectados por el acto se informen de su contenido y formulen sus observaciones*. Pero, esta indicación fue rechazada por la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado.

Algo similar ocurre en materia de licitaciones públicas, puesto que prima la idea de que las bases de licitación o pliego de condiciones son preparadas por la Administración, con o sin la asesoría de consultores especializados, pero usualmente sin dar participación ni tan siquiera a quienes serán los interesados en el proceso licitatorio, ya que para estos últimos se les reserva habitualmente otra etapa en la licitación, en la que podrán conocer y formular observaciones, consultas u objeciones a las bases y a sus documentos anexos o complementarios. CGR ha señalado que el ejercicio de elaboración de las bases de licitación es propiamente una potestad exorbitante de la Administración (Dictamen CGR N° 22640/2009), con lo cual se denota la idea de que por tratarse de una potestad pública, en su elaboración no puede participar quien será el futuro contratante de la Administración; a este último se le imponen ellas como si fueran parte de un *contrato por adhesión*.

53. CORDERO, Luis, *El Procedimiento...*, cit.

54. Cfr. BENZ, Arthur, *Der moderne Staat*, 2a. ed., Oldenbourg, München, 2008, p. 247.

A nivel comparado, Argentina tiene una regulación especialísima, ya que los arts. 10, 11 y 12 del Decreto 436/2000, sobre Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, prescriben acerca de figuras similares a las de la *audiencia pública* para los efectos de permitir la colaboración de los particulares e interesados en la elaboración de las bases de licitación cuya contratación es compleja o de una envergadura económica relevante.⁵⁵ De igual manera, en el caso de Colombia, la ley impone la obligación de las entidades administrativas de publicar los borradores o proyectos de bases de licitación, “con el objeto de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a [su] contenido.”⁵⁶

No obstante, es posible visualizar una función de colaboración del particular, en ciertos ámbitos administrativos, regidos por leyes especiales. Nos referimos, por ejemplo, a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyos arts. 43 y 45 disponen que la elaboración o modificación de planes urbanos a nivel comunal se somete a un procedimiento que permite o facilita una activa y continua colaboración de los vecinos en el procedimiento que lleve adelante la Municipalidad. Destacan, por ejemplo, las obligaciones de esta última de (1) informar a los vecinos sobre las características y efectos del proyecto, antes de iniciar su discusión; (2) realizar una o más audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados para exponer el proyecto a la comunidad, (3) exponer el proyecto a la comunidad, con posterioridad a la o las audiencias públicas, por un plazo de treinta días, (4) vencido este plazo se debe consultar a la comunidad, por medio de una nueva audiencia pública, en sesión convocada especialmente para este efecto. Además, el alcalde no tan sólo tiene la obligación de presentar el proyecto para la aprobación del concejo comunal, sino que debe hacerlo propio con las observaciones que hayan hecho llegar los interesados. De igual modo, la ley impone al concejo el deber de pronunciarse sobre las proposiciones que contenga el proyecto de plan regulador del alcalde, pero analizando las observaciones recibidas y adoptando acuerdos respecto de

55. Cfr. CHOJKIER, Raquel *et al.*, *Contrataciones del Estado*, Buenos Aires, 2000, p. 51.

56. SANTOFIMIO, Jaime O., t. IV, *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 202.

cada una de las materias impugnadas. Otro ejemplo es el de la “De la Evaluación Ambiental Estratégica”, revisado *ut supra*.

VI. LA TUTELA DEL CIUDADANO FRENTE A ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COMO MEDIO DE ACCESO A LA JUSTICIA)

1. La revisión o impugnación del acto administrativo.

La revisión de los actos de la Administración, en sede administrativa o jurisdiccional, es una conquista histórica occidental de respeto del poder público a los derechos civiles de las personas.⁵⁷ Pero, hasta bien entrado el siglo XX, nuestra doctrina mayoritaria explicó que los actos administrativos del Gobierno no eran susceptibles de recurso de ninguna especie. A lo sumo, el particular podría ejercer a su respecto una especie de *petición* que no tenía reconocimiento jurídico en ninguna ley y que, más que una *vía recursiva*, no pasaba de ser una simple *vía de súplica*. La situación resultaba ser tan absurda para el ciudadano común y corriente, como que solamente podían “dirigirse al Senado para acusar a los Ministros por los perjuicios que puedan sufrir injustamente con motivo de algún acto de ellos.”⁵⁸ Hoy, por el contrario, la invalidación de un acto administrativo puede lograrse a través de una acción de parte, esto es, por vía de la impugnación administrativa o jurisdiccional. Recuérdese que la impugnación de los actos administrativos es uno de los principios que inspiran el procedimiento administrativo (arts. 4 y 15 LBPA).

La *vía impugnativa administrativa* puede ser definida como un procedimiento administrativo, que sucede a la notificación o publicación del acto administrativo, que se provoca a través de recursos que interpone

57. Cfr. MÖLLERS, Christoph, *Die drei Gewalten*, Velbrück Wissenschaft, Göttingen, 2008, p. 149.

58. GUEVARA, Raúl, *Potestad Reglamentaria*, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 1935, p. 41.

oportuna y debidamente el sujeto pasivo de dicho acto, u otros interesados en el mismo, con el fin de controvertir el acto no sólo en su legalidad, sino también en cuanto a su conveniencia, mérito y oportunidad, ante la misma autoridad que lo dictó o ante su superior jerárquico, si lo tuviere, para que éstas lo reconsideren, modificándolo, aclarándolo, invalidándolo o revocándolo.⁵⁹

Como medios de impugnación, se concede a la persona interesada los recursos de reposición, jerárquico y extraordinario de revisión. Adicionalmente, en diferentes leyes y en disposiciones reglamentarias es posible encontrar sancionados otros recursos de esta misma naturaleza, y bien pueden tomar el nombre de *reposición*, *jerárquico* o, en la terminología procesal, de *apelación*. Por ejemplo, los arts. 48 y 141 LEA, establecen una *apelación* como medio de impugnación de una resolución de calificación funcionaria y de una resolución que hace efectiva la responsabilidad funcionaria de los agentes públicos, respectivamente. Otro caso se contiene en el art. 42, inc. 1 y 2 Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que confieren una *reposición* y, luego, un recurso de *apelación* si se rechaza el primero, en contra de las *órdenes o resoluciones escritas que en el curso de la concesión dicte el inspector fiscal, sea sobre las obras u otros aspectos que se relacionen con el contrato de concesión*.

2. Los efectos de la vía impugnativa administrativa, según la LBPA

La interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado, es decir, este último es ejecutorio y puede cumplirse en todo evento (art. 57). No obstante, la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, puede suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso. Como se aprecia, en el caso de una vía impugnativa iniciada por un privado, recae en éste la carga de pedir la

59. Cfr. SANTOFIMIO, Jaime O., *Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 283 y s.

suspensión del acto. En otras palabras, en esta hipótesis la Administración no podría suspender de oficio esos efectos.

3. La vía impugnativa jurisdiccional (proceso administrativo)

Si se proyecta la Justicia Contenciosa Administrativa a Chile, es posible afirmar que ella nunca ha llegado a establecerse como un contencioso general y al día de hoy es ejercida supletoriamente por los tribunales de fuero común.⁶⁰ Por ello, se dice que la justicia contencioso-administrativa es una *categoría fantasmal*, ya que por años se la ha visto recorriendo los pasillos legislativos en busca de concreción positiva, sin haber despertado la voluntad política de establecerla.⁶¹ Y, lo anterior resultaría más extraño si se tiene en cuenta la diversidad de proyectos que se han formulado a su respecto, sin que ninguno de ellos haya llegado a ser ley: el *Proyecto Koch*, de 1927; el *Proyecto Juliet*, de 1945; el *Proyecto Zúñiga*, de 1958; el *Proyecto del Colegio de Abogados de Chile*, de 1965; el *Proyecto Lorca*, de 1968; el *Proyecto Foncea*, de 1969; el *Anteproyecto de la Subcomisión de Reforma Constitucional*, de 1977; y el *Proyecto de Patricio Aylwin*, de 1992.

3.1. La acción contenciosa administrativa general

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale (art. 19 N° 3, inc. 2 CPR) y, si se han lesionado sus derechos por la Administración (art. 38 CPR), entonces puede reclamar ante los tribunales que determine la ley, los que no pueden excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión (art. 76.2 CPR). El sistema es amigable con la persona, por varias razones: la acción contenciosa administrativa general, de que es titular cualquier persona, no limita la causa (acciones u omisiones administra-

60. PANTOJA, Rolando, *La Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Decisiones Legislativas al año 2001*, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 2001, p. 17.

61. RUIZ-TAGLE, Pablo en Presentación de *La Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Decisiones Legislativas al año 2001*, p. 8.

tivas) ni la cosa de pedir (acciones de limitación, anulatorias o de prestación) ni la ley decisoria litis (Derecho Público o Derecho Privado). Solamente se exige una acción u omisión de la Administración y una lesión derechos. Otras acciones contenciosas especiales pueden disponer exigencias de admisibilidad especiales.

3.2. *El tribunal competente*

En Chile no existe una ley general de regulación de la Justicia Administrativa. Por su parte, la CPR tampoco se inclina por un sistema contencioso administrativo en particular. El llamado que hace el art. 38 a actuar ante el tribunal que determine la ley, refiere la idea de 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 (Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 176/1993). Por lo mismo, en la actualidad puede aseverarse que el sistema es más cercano al *judicialista*, que al *administrativista*. Para Juan C. Ferrada, se trata de un sistema que otorga la *plenitud jurisdiccional de los tribunales ordinarios* de justicia para conocer de los conflictos contenciosos administrativos, no existiendo órganos ni materias exceptuadas de este control jurisdiccional.⁶² Mayoritariamente, se trata de jueces civiles de mayor cuantía, jueces laborales y Cortes de Apelaciones, como tribunales de primera instancia; y más atrás se encuentran otros tribunales que conocen de acciones específicas, cuyo es el caso del Tribunal de Contratación Pública, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tribunales arbitrales en materia de ciertos contratos públicos y el Tribunal Calificador de Elecciones, entre otros.

Todavía más especiales son los casos de ejercicio de jurisdicción por parte de órganos que integran la Administración del Estado, propiamente tal. Nos referimos a algunos órganos fiscalizadores, conocidos en Chile con el nombre de “superintendencias” (v.gr.: Superintendencias de Salud o de Valores y Seguros) y a la CGR. En efecto, en el caso de la Superintendencia de Valores y Seguros, la ley le otorga la facultad para

62. FERRADA, Juan C., “El Principio del Control en la Década 1990–2000” (p. 593–634), *La Administración del Estado de Chile*, Conosur, Santiago, 2000, p. 593–634.

ejercer jurisdicción, en calidad de árbitro arbitrador y en única instancia, respecto de conflictos entre compañías aseguradoras o entre éstas y sus asegurados o beneficiarios de los seguros, cuando los interesados de común acuerdo así lo soliciten (art. 3 i) DFL N° 251, de 1931). Lo propio ocurre en el caso de la Superintendencia de Salud, puesto que puede actuar como árbitro arbitrador en conflictos que surjan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios (art. 117 DFL N° 1, de 2005). En ambos casos, no existe controversia alguna en la doctrina sobre las funciones jurisdiccionales que cumplen estos órganos, puesto que en su esencia resuelven conflictos que les son ajenos, es decir, sus resoluciones judiciales no se pronuncian en “causa propia”.

3.3. Dualidad de vías impugnativas

La regla general es que las acciones contenciosas administrativas no exijan del afectado que agote previamente una etapa impugnativa en sede administrativa. La persona tiene la libertad para elegir libremente entre la vía administrativa o la jurisdiccional.

Sin embargo, hay tres regulaciones específicas que deben mencionarse. La primera es que existen acciones impugnativas especiales (v.gr.: reclamos de ilegalidad en contra de municipalidades y gobiernos regionales, o reclamos de de naturaleza económica, laboral o sancionatorias), que requieren ser primeramente planteadas ante la propia Administración, y solamente cuando ésta se pronuncia, o deja de hacerlo en el plazo establecido, el particular queda habilitado para ocurrir (por vía de reclamación o de apelación) ante los tribunales establecidos por la ley. La segunda regla se consagra en la LBPA, al disponer que si el ciudadano prefiriere la vía administrativa, el recurrente debe primeramente esperar la resolución de su recurso o el transcurso del plazo para que deba entenderse desestimado, antes de deducir igual pretensión ante los tribunales de justicia (art. 54.1). En todo caso, con el objeto de no desmejorar los derechos y acciones de ese interesado, el art. 54.2 se encarga de disponer que planteada la reclamación en sede administrativa se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional, y que éste volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se

entienda desestimada por el transcurso del plazo.⁶³ Solamente tratándose del recurso de protección (acción de amparo de derechos fundamentales), la Corte Suprema ha declarado que su plazo de 30 días de interposición no se suspende por recursos administrativos que pudiere haber presentado el afectado: “6.- Sostener que una simple ley pueda impedir, interrumpir o suspender el derecho a esta acción contradice el precepto constitucional que la consagra en cuanto a que por la vía de una norma de rango inferior a la Constitución se colocaran límites al ejercicio legítimo que le asiste a toda persona a recabar de protección cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que afecte garantías fundamentales.”⁶⁴ La tercera regla establece que si el interesado prefiere utilizar la vía jurisdiccional para el control del acto administrativo que estima viciado o lesivo, entonces, cualquiera reclamación administrativa que interponga luego respecto del mismo acto inhabilita a la Administración de conocerla y, por tanto, de resolverla (art. 54.3).

3.4. *Legitimatío ad causam*

El sistema procesal administrativo chileno es de corte subjetivo. Si bien existen casos especiales en que una persona puede detentar acción pública para accionar en contra de la Administración (ejemplo, reclamo en contra de las municipalidades o gobiernos regionales), la regla general es que el actor se encuentre gozando una situación subjetiva legítima, de la cual derive la titularidad de un derecho o de un interés legítimo. En palabras de la Corte Suprema, “para ser titular de la acción dirigida a obtener tutela jurisdiccional, dicho interés debe ser de tal envergadura que pueda considerarse que el acto recurrido lesiona un derecho...”⁶⁵

Esta exigencia es mayor tratándose de acciones resarcitorias, ya que el art. 38.2 CPR exige del actor la “lesión de un derecho”; pero es más flexible tratándose de la acción de anulación administrativa general (o ac-

63. V. gr.: Corte Suprema, (1) 18.12.2006, MJCH_MJJ18347. (2) 09.07.2009, Rol N° 2948-09.

64. V.gr.: (1) Corte Suprema, 31.05.2006, MJCH_MJJ17683 | RDJ17683. (2) Corte de Concepción, 22.12.2006, Rol N° 3467-2006.

65. Corte Suprema, 22.06.2009, Rol N° 5553-2007.

ción de nulidad de Derecho Público) consagrada en el art. 7.3 CPR, en que la doctrina y jurisprudencia exigen que el actor detente a lo menos un interés legítimo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, Pedro, y CILURZO, María R., *Curso de Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- ALESSANDRI, Arturo *et al.*, *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, t. I, 1era. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- AMUNÁTEGUI, José D., *Estudios de Derecho Administrativo*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1894.
- BARROS, Enrique, “Lo público y lo privado en el Derecho”, *Revista Estudios Públicos*, 81 (verano 2001), Santiago.
- BENZ, Arthur, *Der moderne Staat*, 2a. ed., Oldenbourg, München, 2008.
- CARMONA, Carlos, *El Acto Administrativo*, apuntes de clases Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 1999.
- CHOJKIER, Raquel *et al.*, *Contrataciones del Estado*, Buenos Aires, 2000.
- CORDERO, Luis, *El Procedimiento Administrativo*, Editorial Lexis nexis, Santiago, 2003.
- CORDERO, Luis, “Procedimientos Administrativos y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”, en *La Justicia Administrativa*, Juan C. Ferrada, Chile, 2005.
- FERRADA, Juan C., “El Principio del Control en la Década 1990–2000”, *La Administración del Estado de Chile*, Conosur, Santiago, 2000.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 46ª ed., Porrúa, México, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 6ta. ed., Civitas, España, 1999.
- GÓMEZ, Marcos, *La Inactividad de la Administración*, 3era ed., Aranzadi, España, 2002.
- GUEVARA, Raúl, *Potestad Reglamentaria*, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 1935.
- JARA, Jaime, “La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N° 19.880”, *Revista de Derecho Público* N° 70, 2008, Santiago.

- LETELIER, Valentín, *Apuntaciones de Derecho Administrativo*, Imprenta y Encuadernación Chile, Santiago, 1907.
- MARÍN, Hugo A., *Discrecionalidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- MELTSNER, Arnold J., “La factibilidad política y el análisis de políticas”, *La hechura de las Políticas*, L. Aguilar, México, 2003.
- MÖLLERS, Christoph, *Die drei Gewalten*, Velbrück Wissenschaft, Göttingen, 2008.
- MONTE, Santiago, *El Dominio Público*, Conosur, Santiago, 2002.
- PANTOJA, Rolando, *La actividad jurídica de la Administración del Estado*, apuntes de clases Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago.
- PANTOJA, Rolando, *La Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Decisiones Legislativas al año 2001*, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 2001.
- REYES, Jorge, *Invalidación y Nulidad de los Actos Administrativos y otros estudios*, 2ª ed., Lexis Nexis, Santiago, 2004.
- ROJAS, Jaime, *Notas sobre el Procedimiento Administrativo establecido en la Ley N° 19.880*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, www.cde.cl/resultado_busqueda.php?parametro=Rojas&bot_buscar.x=8&bot_buscar.y=8.
- RUIZ-TAGLE, Pablo en Presentación de *La Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Decisiones Legislativas al año 2001*.
- SANTAMARÍA, Juan A., *Principios de Derecho Administrativo*, t. II, 3era ed., Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2002.
- SANTOFIMIO, Jaime O., t. IV, *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- SANTOFIMIO, Jaime O., *Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- SILVA C., Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes*, 1era. ed., Santiago, 1995.
- SOTO, Eduardo, *Derecho Administrativo Bases Fundamentales* (1), t. II, 1era ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- SOTO, Eduardo, *El Procedimiento Administrativo*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1982, t. LXXIX, sec. 1.

Claudio Moraga Klenner

- SOTO, Eduardo, *El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.
- THIEME, Werner, *Verwaltungslehre*, 4ª ed., Carl Heymanns, Alemania, 1984.
- VON BOGDANDY, Armin, *Gubernative Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano

*Por Rocio Araujo Oñate**

I. HISTORIA NORMATIVA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Algunas disposiciones insertas en la Ley 167 de 1941 “Sobre organización de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” son el primer antecedente de reglamentación del procedimiento administrativo colombiano, que en sus artículos 74 y siguientes reguló la oponibilidad del acto administrativo y los recursos que proceden contra éste. En este conjunto normativo no se consagró ninguna regla jurídica sobre la formación de las actuaciones administrativas ni los derechos que le asistieran al particular interesado en el trámite de dicho procedimiento, con lo cual se puede advertir la falta de un procedimiento administrativo completo e integral.

Solamente cuando el acto administrativo definitivo era expedido, se reconocía al titular del derecho la posibilidad de conocer la actuación administrativa y de impugnarla en sede administrativa, por lo cual el titular del derecho correspondiente no tenía ninguna posibilidad de intervención en la fase de formación del acto administrativo. Otros aspectos propios del procedimiento administrativo no fueron regulados.

El Decreto -Ley 2733 del 7 de octubre de 1959 “Por el cual se reglamenta el derecho de petición, y se dictan normas sobre procedimientos administrativos” reglamentó el derecho de petición previsto en el artículo

* Abogada, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Maestra de las Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania, Maestra de las Ciencias Jurídicas, Heidelberg, Alemania, DEA, Universidad Alfonso X El Sabio, Villanueva de la Cañada, España, Profesora titular de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Directora de la Especialización en Derecho Administrativo, Directora de la Línea de investigación en Régimen Económico y de la Hacienda Pública. rocio.araujo@urosario.edu.co

45 de la Constitución Política de 1886, basado en la necesidad de garantizar la efectividad de su ejercicio, en provecho común de los gobernados y de los gobernantes. Igualmente, se reprodujeron las disposiciones de la Ley 167 de 1941 y se consagró la institución de la revocatoria directa.

La Ley 58 del 28 de diciembre de 1982 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Contencioso Administrativo y para regular el procedimiento administrativo, para garantizar la respuesta oportuna que debía dar la administración pública al derecho de petición, así como la precisión de las finalidades y principios de toda actuación administrativa, el reconocimiento del debido proceso administrativo, el derecho a ser parte dentro de la actuación administrativa cuando se demostrara la titularidad de un derecho o un interés legítimo y el carácter de público de la actuación, salvo norma especial en contrario. Igualmente, se consagró el silencio administrativo negativo y la revocatoria directa.

Con fundamento en el artículo 11 de la Ley 58 de 1982, el gobierno nacional a través del Decreto -Ley 01 de 1984 reformó el Código Contencioso Administrativo y en su primera parte estableció el procedimiento administrativo, cuyos preceptos son aplicables a falta de disposición especial por los organismos del Estado del sector central y descentralizado, comprendiendo las entidades territoriales, así como por personas de derecho privado, siempre y cuando ellas ejerzan funciones administrativas.

Con este conjunto de disposiciones, Colombia contó por primera vez con un procedimiento administrativo regulado conforme con los límites de la habilitación especial que el Congreso de la República le otorgó al gobierno nacional, el cual es aplicable cuando no existan disposiciones especiales y, buscando encausar las principales relaciones jurídicas que surgieran entre la administración y el ciudadano.

Teniendo en cuenta que el Decreto-Ley 01 de 1984 fue redactado con fundamento en la Constitución de 1886, el gobierno nacional en el año 2007 procuró adecuar el procedimiento administrativo a las disposiciones constitucionales previstas en la Carta Política de 1991 y por ello encomendó a través del Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007 a la “Comisión para la Reforma a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa” estudiar la modificación del Código Contencioso Administrativo, que contiene también el procedimiento administrativo, con la finalidad de adecuar el procedimiento administrativo a las normas constitucionales,

hacer eficientes los diferentes procedimientos judiciales que se aplican en la jurisdicción contencioso administrativa e implementarla oralidad en dicha jurisdicción.

Esta labor culminó con la iniciativa legislativa de reforma del Decreto-Ley 01 de 1984, que fue tramitada y adoptada por el Congreso de la República mediante la Ley 1437 de enero 18 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, refundido en un mismo texto, diferenciables en dos partes y se derogó el Decreto-Ley 01 de 1984, así como las disposiciones que lo completan y modifican y se señaló que el mismo empezará a regir a partir del 2 de julio de 2012.

En el nuevo contexto constitucional, el procedimiento administrativo debía garantizar el reconocimiento oportuno de derechos fundamentales por parte de la administración, la necesidad de darle alcance a los principios constitucionales que habrían de regir el procedimiento y el proceso contencioso administrativo, en especial el debido proceso y el acceso a la justicia, la necesidad de armonizar las acciones contencioso-administrativas y las establecidas en la Constitución, referidas a la de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo y el deber de simplificar sustancialmente todos los procedimientos administrativos y el proceso contencioso administrativo para poder decidir en un plazo razonable.

Con esta breve reseña histórica se puede entrever que las primeras normas que rigieron el procedimiento administrativo en Colombia se encuentran en disposiciones que datan de finales del siglo XX,¹ con lo cual se infiere que la existencia en Colombia de un procedimiento administrativo que procure garantizar la posición jurídica del ciudadano es un tema del Derecho Administrativo contemporáneo.

1. Se debe tener en cuenta que la primera codificación del procedimiento administrativo en España data de 1889 (Ley de 19 de octubre de 1889), que fue modificada por la Ley de 17 de julio de 1958 y últimamente por la Ley 30 de 26 de noviembre de 1992). En Alemania no obstante que el informe de una Comisión de Expertos para la simplificación administrativa, creada en 1957 por el Ministerio Federal del Interior recomendó el establecimiento de una Ley general de la Federación y de los Länder sobre el procedimiento administrativo tan sólo ésta fue adoptada por el Bundestag en la sesión del 1 de abril de 1976 y por el Bundesrat el 9 de abril del mismo año, fue promulgado por el Jefe de Estado el 25 de mayo de 1976, publicada el 29 de abril y entró en vigor el 1 de enero de 1977.

No obstante ello, debe tenerse en cuenta que el marco normativo que rige el procedimiento administrativo rige de manera supletiva, es decir a falta de un procedimiento especial, con lo cual podemos afirmar que no existe un único procedimiento que comprenda toda la actuación administrativa y por ello cada organismo cuenta con una singularidad de procedimientos, de donde se deduce la falta de unidad del actuar administrativo y por ende la carencia de un procedimiento sencillo, pues generalmente las actuaciones administrativas cuentan con un procedimiento especial.

Este inconveniente no logró superarse con la Ley 1437 de 2011 y por el contrario en el artículo segundo, inciso tercero se reitera lo señalado en el Decreto Ley 01 de 1984: “Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”, por lo cual no contamos con un procedimiento administrativo obligatorio para toda la administración que proporcione un trato común a los ciudadanos. Lo anterior es relevante pues, el procedimiento administrativo regula la posición jurídica del ciudadano en relación con la administración pública y los particulares que ejercen función administrativa, vínculo que debe caracterizarse por contener un sistema garantista, sencillo, claro, técnico, eficaz y completamente articulado.

II. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Teniendo en cuenta la crisis de las fuentes del Derecho que produce inseguridad jurídica en nuestros tiempos y la necesidad de optimizar la búsqueda de soluciones frente a este problema y a la dramática congestión de la jurisdicción contencioso administrativa,² se ha establecido en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011 la institución de la exten-

2. YOUNES MORENO, D. y otros, Estrategias para la descongestión en lo contencioso administrativo. Proceso modelo y Proceso testigo, en: *Colección Reformas en la Rama Judicial*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Tomo III, Bogotá, 2006.p. 15 y ss.

sión de los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado en asuntos que se tramitan en la administración pública, con miras a lograr la coherencia y estabilidad del subsistema del Derecho administrativo, así como la igualdad de trato a las personas.

Con ello se origina la novedosa concepción de variar las fuentes jurídicas aplicables en el procedimiento administrativo,³ toda vez que con la extensión de los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado en las decisiones que deben adoptar las autoridades administrativas, se establece el efecto vinculante de la jurisprudencia, la cual hasta ahora tenía una condición subordinada, limitada, secundaria y accesoría y no estaba destinada a crear derecho. Por ello, con este tema se genera especial motivo de reflexión.

La Corte Constitucional de Colombia basada en lo establecido por el artículo 4 de la Ley 153 de 1887, el artículo 4 y 230 de la Constitución advierte que la jurisprudencia administrativa al ser fuente de Derecho tiene fuerza jurídica vinculante secundaria, teniendo la función de orientar, auxiliar, ayudar y apoyar la decisión del juez, quien se basa esencialmente en la ley, por lo cual en ningún momento, la jurisprudencia, puede servir de fundamento principal o exclusivo para justificar una decisión. Sin embargo, le atribuye la Corte especial importancia a los mecanismos de unificación de la jurisprudencia, pues la entiende como un medio para obtener la unidad del ordenamiento jurídico, cuando explica "... si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica... y por tanto las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país".⁴

Cotejando lo anterior con la realidad del papel del Juezen el trámite de los procesos, donde se confrontan continuamente sus poderes y sus límites y quien se enfrenta periódicamente a una gran cantidad de compli-

3. La ley en sentido material es la principal fuente de la actuación administrativa completada con los principios de la función administrativa y del procedimiento administrativo

4. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 11 de marzo de 1993, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

caciones y complejidades que devienen de la determinación de la ley aplicable al caso y de la existencia de vacíos, lagunas, inflación normativa, espacios de autodeterminación, contradicciones, diversas posibilidades de interpretación que se deducen del lenguaje y de los distintos elementos que hacen parte del caso, es el Juez al interpretar el ordenamiento jurídico según su propia lógica, quien indudable señala lo que es el derecho.⁵

Ello en parte ha contribuido a desdibujar la unidad y la jerarquía del ordenamiento jurídico y es lo que ha conducido a la crisis del sistema de fuentes jurídicas y del derecho mismo, según lo afirma García López.⁶

La interpretación que hace el juez de la realidad procesal a la luz de las normas jurídicas es aplicación del Derecho, por lo cual la jurisprudencia aclara la voluntad de la ley. En este contexto es menester dilucidar si en Colombia la fuerza vinculante de la jurisprudencia se justifica a la luz del ordenamiento jurídico.

Para resolver este interrogante, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional distingue el papel que tiene su jurisprudencia de la demás producida por otro tipo de Tribunales y juzgados, porque ésta no constituye un precedente obligatorio, salvo lo relacionado con la reproducción de un acto suspendido provisionalmente, con lo cual se evidencia el carácter de criterio auxiliar de la jurisprudencia que se predica en el artículo 230 de la Constitución. Para los casos similares que se den en el futuro la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional, en virtud de lo consagrado en el artículo 243 de la Carta Política, de suerte que ésta obliga para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

La Corte Constitucional ha señalado que sus sentencias son para los jueces fuente obligatoria⁷ y el carácter de cosa juzgada explícita lo constituye la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución, gozando de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispo-

5. GARCIA LÓPEZ, E., La crisis de las fuentes de Derecho, en: González Ibáñez, J. y García López, E. (eds.), *La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización*, Biblioteca jurídica Diké, Bogotá, 2011, p. 21 -31

6. Ibidem

7. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1 de abril de 1993, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

sitivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos y la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230, es decir criterio auxiliar, esto es, se considera *obiter dicta*.

La Corte Constitucional, recientemente,⁸ al resolver el problema referido al posible desconocimiento por parte del legislativo de los artículos 2º, 4º, 13, 83, 209, 230 y 241 de la Constitución Política por la regulación del precedente judicial en materia administrativa, en las que se delimitaron las entidades y materias a las cuales se debe aplicar, así como la existencia de cinco o más pronunciamientos para que se considere como precedente judicial, encontró que la disposición demandada resulta acorde con el mandato superior de sujeción de las autoridades públicas a la Constitución y a la ley (arts. 6º, 121 y 123 C.P.), en desarrollo del Estado Social de Derecho (arts. 1º, 2º de la C.P.), la jerarquía superior de la Constitución (art. 4º C.P.), el debido proceso y el principio de legalidad, el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.), la buena fe de las autoridades públicas (art. 83 C.P.), los principios de la función administrativa (art. 209), la fuerza vinculante del precedente judicial (art. 230 C.P.) y la fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad (arts. 241 y 243 C.P.).

La Corte Constitucional en esta sentencia señaló que el precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta en el respeto al debido proceso y del principio de legalidad; el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las Cortes cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben motivarse de manera objetiva y razonable; el desconocimiento del precedente implica la responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6º y 90 C.P.); las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley.

También reafirmó que de conformidad con el artículo 243 de la Carta Política los fallos de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas.

8. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-539 de julio 12 de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Además del diferente grado de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, dependiendo de si se trata de la que produce la Corte Constitucional y los otros Tribunales y juzgados, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha reconocido la fuerza vinculante de la jurisprudencia producida por otros Tribunales fundada en el aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo, que ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos.

En estas circunstancias, la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Ello se explica por razones funcionales: no pudiendo el derecho prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas, es decir principios e instrumentos de solución concreta, a través de la interpretación con autoridad que haga un juez designado por la ley para alcanzar tal objetivo y que se explica por razones sustanciales en el Estado social de derecho y que es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, señalada en su artículo 228.⁹ Con ello, estamos señalando que la creación y la aplicación del derecho son procesos inseparables, que implican la definición de lo que es actualmente el derecho,¹⁰ porque cuando el juez interpreta la ley, señala el alcance de la disposición,¹¹ dentro del límite de su sometimiento a la ley, basado en el principio de razón suficiente.

Lo anterior conduce a inferir que el carácter accesorio que se predica de la jurisprudencia implica que esta juega un papel importante si se entremezcla con la fuente principal, es decir con la ley en sentido material.

9. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón

10. GARCIA LÓPEZ, E., *La crisis...*, p. 26

11. BERNAL PULIDO, C. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano, en: *Anuario jurídico Precedente 2003*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, ISSN 1657-6535, http://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/942/1/Precedente_2003.pdf

Esta posición plantea a su vez el cuestionamiento relativo a una posible tensión entre la seguridad jurídica que nace del poder vinculante que se reconoce a la jurisprudencia y la independencia de los jueces, carácter que depende del artículo 228 de la Constitución.

Para dilucidar esta pregunta es necesario tener en cuenta que no existe ningún conflicto entre estos dos principios, porque la independencia del juez no implica un poder para interpretar las fuentes jurídicas sin límites.¹² Esta delimitación depende de lo que establezca la Constitución o la ley y que puede referirse a la utilidad de la unificación de la jurisprudencia realizada por quien tiene la autoridad de establecerla, de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades, del principio de la buena fe en la conducta de las autoridades del Estado y del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Basados en lo anterior conviene analizar que la Ley 1437 de 2011 dentro de las fuentes jurídicas que deben fundamentar las actuaciones administrativas surtidas con fundamento en el procedimiento administrativo, además de la Ley,¹³ en sentido material,¹⁴ ha posibilitado la extensión de la fuerza vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, lo cual constituye una importante innovación frente a lo que dispone el Decreto Ley 01 de 1984.

En efecto, el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 impone el deber a las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, de aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para ello, se señala que deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

12. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-836 de agosto 9 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

13. Así se señala en el artículo 230 de la Constitución Política

14. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 11 de marzo de 1993, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia se definen las fuentes materiales y se señala la Constitución, la Ley, los tratados públicos ratificados por el Congreso de la República, los actos administrativos, los contratos, las convenciones colectivas

Se pretende darle coherencia, estabilidad y seguridad al sistema, dentro del marco de la igualdad de trato, lo cual redundaría en eficacia. Sin embargo, puede surgir el cuestionamiento de si en realidad se garantiza el derecho a la igualdad de trato, pues puede tratarse de un mismo supuesto de hecho y de derecho pero las circunstancias del titular del derecho pueden ser distintas del que fue objeto de resolución por el Consejo de Estado, con lo cual puede presentarse la necesidad de juzgar de manera diferente dos casos similares, porque aunque comparten elementos similares, la ratio decidendi solo tiene que ver con uno de ellos o esta se presenta de manera diversa en ambos casos.

Para solucionar esta dificultad, se prevén dos aspectos que tienen relevancia en este tópico: la extensión de los efectos de tal jurisprudencia opera para quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos de tales providencias, siempre y cuando la acción judicial correspondiente no hubiere caducado y de otro lado, el inciso quinto del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 contiene las causales de negación de la aplicación uniforme de tales decisiones, contemplando la posibilidad que tiene la administración de exponer las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

De otro lado, debe considerarse que la extensión de los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado supone una especial organización para efectos de establecer mecanismos eficaces que redunden en fortalecer los criterios de unificación de la jurisprudencia que produce las distintas secciones del Consejo de Estado, la cual en ocasiones es contradictoria. Igualmente, supone la exigencia de motivación rigurosa y suficientemente clara y delimitada, que sea capaz de fijar para el futuro la regla jurisprudencial y que tanto la administración como los ciudadanos puedan conocer ampliamente y de manera sencilla las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Es necesario para ello difundir masivamente tal jurisprudencia, la cual deberá estar técnicamente clasificada, teniendo en cuenta distintos restrictores que permitan consultarla en todo momento.

A su turno, es necesario configurar criterios a través de los cuales se pueda dilucidar en términos objetivos que los casos que maneja la administración son idénticos desde el punto de vista fáctico y jurídico con respecto de la sentencia de unificación.

En virtud del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución surge el interrogante de si la administración puede decidir en forma diversa a lo resuelto por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación, en aquellos casos donde el interesado no ha solicitado la extensión de los efectos de dichas sentencias.

La posibilidad de que el Derecho Administrativo se vuelva inflexible y con ello se impida la actualización del derecho debe descartarse, toda vez que el artículo 102, inciso quinto, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011 señala que la autoridad administrativa se puede apartar de la interpretación del Consejo de Estado, exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él en los términos del artículo 269. Con ello, hay una posibilidad del cambio de la interpretación del Consejo de Estado y por tanto no caeríamos en la falta de flexibilidad del sistema.

Se infiere también a su turno, el cuestionamiento relativo a los mecanismos que permitan conciliar las diferencias interpretativas que pueden surgir entre la Corte Constitucional y las sentencias de unificación producidas por el Consejo de Estado y que involucren derechos fundamentales o donde quepa la definición del alcance de disposiciones legales a la luz de los preceptos constitucionales.

Según lo hemos ya indicado, la Corte Constitucional¹⁵ ha señalado que los fallos de la Corte Constitucional tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas, que incluye la jurisdicción contencioso-administrativa, ejerciendo el Consejo de Estado las funciones de Tribunal supremo de lo Contencioso- Administrativo, por lo cual se podría deducir que la doctrina constitucional debería prevalecer cuando estas diferencias se presenten..

Para entender este aserto la Corte Constitucional ha establecido un método,¹⁶ a través del cual se procura la delimitación de las distintas interpretaciones de las diversas jurisdicciones.

15. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-539 de julio 12 de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

16. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

A este propósito se debe tener en cuenta los criterios sobre la manera como la Corte Constitucional debe en ejercicio de su función guardar la integridad y supremacía de la Carta, avocar los debates hermenéuticos que se originan en la revisión eventual¹⁷ consagrada en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Carta Política, cuyo fin no es otro que el de unificar a nivel nacional los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, precisando el alcance de los derechos fundamentales, trazando pautas acerca de la procedencia y desarrollo del amparo como mecanismo de protección y efectividad de los mismos y estableciendo la doctrina constitucional, que según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, declarado exequible por Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995, es obligatoria para los jueces en todos los casos en que no haya normas legales exactamente aplicables al caso controvertido, ello dentro de los claros límites de procedencia de la acción de tutela, donde la Corte ha reiterado que cuando la ley ha establecido otras posibilidades de acudir ante los jueces, siempre que sean eficaces para la defensa de los derechos comprometidos, no cabe en principio la tutela.

Completando lo anterior, la Corte Constitucional¹⁸ también ha señalado que las sentencias de revisión que ella dicta tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas: uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia o se revoque o modifique y, otro objetivo, con consecuencias generales, que se deduce del artículo 243 de la Carta que implica el establecimiento de jurisprudencia, a través del principio de la cosa juzgada constitucional,¹⁹ fundada en la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, definiendo en consecuencia el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar y también puede comportar la creación de doctrina constitucional vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos

17. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-260 del 20 de junio de 1995, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

18. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-294 del 17 de junio de 1997, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

19. FERRERES COMELLA, V., XIOL RIOS, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Edición Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 108.

fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas.

También ha de tenerse en cuenta el método que ha de seguirse cuando existen debates interpretativos y se trata de normas legales: 1. Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos, pero todas ellas se adecúan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios. 2. Si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico. 3. Si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento.

Delimitadas las esferas interpretativas de las distintas jurisdicciones, queda pues, el problema relativo a que la Ley 1437 de 2011 no señala el mecanismo concreto a través del cual en la práctica se pueda armonizar interpretaciones diversas entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, a través de las sentencias de unificación, de tal manera que se controle el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Un mecanismo que permitiría dicho control, sería mediante la acción de tutela contra providencias judiciales, que podría en alguna medida contribuir a solucionar este problema, sin que esta solución sea un camino óptimo, visto a la luz del derecho de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva, pues la Constitución Política tiene supremacía frente a las demás fuentes jurídicas. Sin embargo, dada la falta de aceptación del Consejo de Estado de las decisiones de tutela de la Corte Constitucional, este es un inconveniente que podría intensificar el llamado “choque de trenes” entre estas dos jurisdicciones.

El procedimiento que se consagra en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011²⁰ posibilita que el peticionario pueda darle alcance a su primera solicitud, pidiendo a la administración que extienda los efectos de la jurisprudencia señalada y al resolverse tal solicitud se entenderá resuelta la primera petición, con lo cual procura el legislador la acumulación de peticiones que se refieren a un mismo asunto, que debe ser solucionadas de idéntica manera y a través de un solo acto, con lo cual se gana en eficacia.

La autoridad decidirá dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables, teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente, señalando de esta forma las fuentes jurídicas a tener en cuenta, donde se compatibiliza la norma aplicable al caso con la interpretación que ha dado el máximo juez de lo contencioso administrativo, mediante las sentencias de unificación y el término para decidir la actuación administrativa.

20. El artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 señala lo siguiente: Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen

También se consagra que el competente podrá posponer la respectiva decisión cuando deba adelantarse un período probatorio, el cual tendrá la finalidad de demostrar si realmente el demandante ostenta el derecho invocado o poder decidir con fundamento en las pruebas decretadas y practicadas que no es procedente la extensión de los efectos de la sentencia de unificación invocada, por cuanto se ha evidenciado que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en dicha resolución judicial o pueda exponer clara y razonadamente los argumentos por los cuales considera que las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. Se prevé que en este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él en los términos del artículo 269 de la señalada Ley.

el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar.

Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código, caso en el cual se convocará a una audiencia, que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la notificación a las partes, donde se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión respectiva.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pretendiendo con ello optimizar la eficacia en la solución del conflicto, como también evitar que entren a la jurisdicción casos que en la misma sede administrativa puedan ser solucionados.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

Para darle alcance a este procedimiento que será decidido por el Consejo de Estado, en los términos de los artículos 269, 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011, surge el interrogante relacionado con la capacidad y el cumplimiento de los términos de la Sala Plena y de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para unificar la jurisprudencia.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

III. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Función de los principios del procedimiento administrativo

La Constitución Política de Colombia de 1991 estableció una nueva filosofía a cerca del fundamento, ejercicio y control jurídico del poder político que condiciona el ejercicio de la función administrativa, sobre la base de entender un marco constitucional de referencia de lo que es el interés público y de la autotutela declarativa y ejecutiva, que apareja, por un lado la necesidad de que la administración satisfaga el interés colectivo y, por el otro lado, el cuestionamiento relativo a la eficacia del control judicial que contiene el carácter revisor y no suspensivo de la jurisdicción contencioso administrativo.

Esta premisa a la luz del modelo del Estado democrático y social de Derecho importa sobre la base de considerar que el Derecho debe servir de instrumento para conformar la actuación positiva y efectiva de los poderes públicos sobre el orden social.²¹

El actor principal dentro de esta conformación positiva que enmarca el Estado Social es la administración pública, quien debe alcanzar sus finalidades bajo la tensión que se forma entre los elementos que fundan el Estado democrático y el Social de Derecho, que procuran por un lado igualdad y por el otro seguridad social con eficacia, por ello además de una imprescindible relación con los principios que se deducen del modelo de Estado se evidencia que tanto los principios que circunscriben el ejercicio de la función administrativa, como la del procedimiento administrativa deben redundar en la consecución efectiva de los fines del Estado, pues estos son la especie del género principios generales del Derecho.

Con ello, estamos señalando que el seguimiento del tenor literal de las reglas no es suficiente para garantizar la eficacia a la que constitucionalmente está obligada, lo cual significa que dentro de este contexto jurídico debe la

21. ALONSO IBAÑEZ, M. del R., Las causas de inadmisibilidad en el Proceso Contencioso- Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 104 y 105.

administración optar por la decisión que además de ser legal sea la más adecuada, eficaz y apta para conseguir el fin perseguido. También implica que la administración debe ser desprovista por la Ley de privilegios injustificados con los que actúa, en aras de obtener una garantía real de protección de los derechos públicos subjetivos e intereses legítimos de las personas.

En este escenario, la utilidad y la necesidad de los principios del procedimiento administrativo dependen del sistema relacional de principios que los coordine y armonice con la Ley y con la Constitución. Ello conlleva, a su turno, a garantizar el funcionamiento sistemático, metódico y coordinado de la Ley en sentido material, comenzando por las disposiciones constitucionales y las reglas jurídicas especiales y generales o supletivas, que contienen el procedimiento administrativo, por cuanto en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto-Ley 01 de 1984 y en el inciso 3 del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 se establece que las autoridades que ejercen función administrativa sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en dichos marcos normativos, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. Con esta salvedad se tiene que a partir de la Constitución de 1991 se impone el deber para la administración y para el juez que la controla, una forma axiológica de resolver los conflictos jurídicos que se presentan, a partir de los preceptos materiales y procedimentales aplicables al caso, así como los principios que los envuelven y hasta los trascienden, con lo cual se entiende que se ha sustantivado los principios, aspecto que entraña un proceso de entendimiento del Derecho Administrativo como un sistema.²²

Lo anterior se explica en la medida en que el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 señala que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política y que se derivan del modelo Estado democrático y social de Derecho y que encuentran soporte en disposiciones constitucionales como el derecho al debido proceso, la igualdad, la buena fe en las actuaciones y en los principios que rigen la función administrativa. También con los principios que se encuentran en la primera parte de dicha Ley y en las leyes

22. SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

especiales, con lo cual, a diferencia del Decreto Ley 01 de 1984 se señala la necesidad de articular los principios con las reglas sustanciales y procedimentales que son aplicables a la actuación y al procedimiento administrativo.

Ello obliga a preguntarnos cuando existe un uso razonable de los principios, lo cual depende de la categorización de los mismos, de donde se extrae la distinción de su valor jurídico.

Teniendo en cuenta que los principios son el fundamento del ordenamiento jurídico que orienta la función interpretativa, que permite integrar las lagunas de la ley y que delimitan la potestad discrecional como la reglada,²³ podemos señalar que en términos generales con los principios se armonizan las distintas actuaciones y procedimientos administrativos, a la luz de las finalidades que éstos persiguen.²⁴

En este contexto, podemos deducir que mientras el Decreto-Ley 01 de 1984 no señala cuales son las finalidades del procedimiento administrativo, la Ley 1437 de 2011 señala como finalidades a alcanzar por la administración la protección y garantía de los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, el sometimiento de las autoridades que ejercen función administrativa a Derecho, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, así como la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

Además de tales finalidades, consideramos de vital importancia resaltar el ejercicio de las funciones administrativa partiendo de la democratización de la administración pública y el fomento de la participación de los ciudadanos en los procesos de adopción de las decisiones administrativas, aspecto que se encuentra recogido por el artículo 2 de la Carta política.

Los principios del procedimiento administrativo se constituyen en sus pilares fundamentales toda vez que orientan, delimitan y le sirven de fundamento a la interpretación de sus instituciones y proporcionan nuevos elementos en procura de resolver, a falta de disposición aplicable al

23. LÓPEZ MENUDO, F., Los principios generales del procedimiento administrativo, en Revista de Administración Pública, Año 1992, Número 129, p 22.

24. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O., Tratado de Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez, 4ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p.32 y 33.

caso,²⁵ los conflictos jurídicos que se presenten,²⁶ así como también los inconvenientes que se pueden presentar en la aplicación de las reglas jurídicas, insertándose por tanto al sistema normativo.

El artículo 3 del Decreto-Ley 01 de 1984 y de la ley 1437 de 2011 positiván los principios que rigen el procedimiento administrativo en Colombia y que devienen de la misma Constitución.²⁷ Con la disposición de tales principios en los señalados marcos normativos éstos no pierden su carácter sino que adquieren un mayor grado de eficacia, con lo cual estamos señalando que los principios del procedimiento administrativo es Derecho constitucional aplicado, aspecto que es acentuado por la posibilidad que tiene la Corte Constitucional de intervenir la actuación administrativa y el trámite de recursos cuando los derechos fundamentales del interesado en éstos trámites se encuentren quebrantados o en riesgo, procediendo en aquellos eventos en los cuales el sistema jurídico no ha concedido ningún otro mecanismo de defensa que pueda ser invocado frente a las autoridades judiciales para proteger el derecho, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable,²⁸ lo que implica por tanto que todos los organismos del Estado deben proteger los derechos fundamentales de las personas.

Ello representa que el actuar de la administración, para la preservación del interés general, no es absoluto, por lo cual debe desarrollarse con el respeto y dentro de los límites del respeto y protección de los derechos fundamentales y de los principios y valores constitucionales.²⁹

25. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 12 de febrero de 1987, Radicación número: 1147 – 6602, Consejero Ponente: Joaquín Vanín Tello.

26. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

27. Así por ejemplo tenemos que el principio del debido proceso se encuentra previsto en el artículo 29 de la Constitución; los principios de igualdad, imparcialidad, moralidad, eficacia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad se consagran en el artículo 209 de la Carta, el de buena fe en el artículo 83, el de participación en el 1 y 103.

28. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 518 del 15 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

29. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-210 de marzo 23 de 2010, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao.

La afectación de los derechos fundamentales por parte de servidores públicos que actúan sin fundamento objetivo y razonable y obedecen a motivaciones internas, desconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, que se encuentra consagrado en el artículo 5 de la Constitución, la protección constitucional de los derechos fundamentales, prevista en el artículo 86 de la Carta y la prevalencia del derecho sustancial, que está consagrado en el artículo 228 del texto constitucional.³⁰

Ahora bien, en los casos en que se encuentren enfrentados dos o más principios constitucionales se requiere de un mayor esfuerzo interpretativo, porque no existe una jerarquía entre ellos. La Corte Constitucional³¹ ha señalado que en caso de conflicto entre el interés general y el interés particular, deben prevalecer los derechos inalienables de las personas, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 5 de la Constitución.

Cuando exista un conflicto irresoluble entre derechos constitucionales fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso y la persecución de objetivos estatales como el interés general y la seguridad jurídica o la eficacia de la administración de justicia, en principio, debe darse prevalencia a los derechos de las personas, confiriéndose de esta forma un vínculo normativo de la Constitución con las actuaciones de los poderes públicos.

De esta manera, el respeto de los derechos fundamentales es un componente del interés general³² y del procedimiento administrativo colombiano.

2. El debido proceso como eje central del procedimiento administrativo

Dentro de los principios que mayor importancia se le ha concedido tanto por la Constitución, como por jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional se encuentra el debido proceso administrativo, el cual tiene vigencia en Colombia incluso antes de que el artículo 29

30. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. T- 79 de 26 de febrero de 1993, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

31. Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-669 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

32. ARAUJO OÑATE, R., " La justicia administrativa en la constitución Política de 1991", en: Restrepo Medina, M. A. (coord.), *Retos y Perspectivas del Derecho Administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 209, p. 377.

de la Constitución Política actual lo estableciera como una garantía exigible en toda actuación administrativa. Ello es así, en razón de que el artículo 26 de la Constitución de 1886 y el artículo 5 de la Ley 58 de 1982 y Decreto – Ley 01 de 1984 lo consagraron en los artículos 3, 28, 34, 35 y 84.

El debido proceso se ha definido³³ como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los interesados en la actuación administrativa, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley, convirtiéndose en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también el procedimiento a adelantar con fundamento en el cual habrá de adoptarse la decisión justa que corresponda, de acuerdo con lo señalado en los artículos 4 y 122 de la Carta.

En ese orden de ideas, el debido proceso comprende un conjunto de elementos materiales y formales, entre los que se encuentran el principio de legalidad, es decir el deber que tienen las autoridades administrativas y judiciales de cumplir con las normas jurídicas sustantivas y procedimentales que regulan cada actuación y de garantizar el ejercicio del derecho de representación, defensa³⁴ y contradicción, aspectos éstos que conllevan a su turno, la necesidad de motivación razonada, esto es, fundada en las pruebas legales y en los argumentos allegados al proceso, así como en el principio de proporcionalidad, el cual debe operar con inmediatez al hecho que le sirve de fundamento, de suerte que se logre establecer la conexidad entre dicha circunstancia y la decisión que se profiera al respecto, siempre con sujeción al debido proceso administrativo. También implica la *reformatio in pejus*, consagrada en el artículo 31 Superior, que proscribiera cualquier forma de agravación de las penas o sanciones, cuando el condenado es único apelante y el principio de presunción de inocencia y el *non bis in idem*, que se deduce del

33. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-982 del 8 de octubre de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

34. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 24 de mayo de 2007, Radicación número: 25000-23-24-000-2001-90527-01, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

artículo 29 de la Constitución. Finalmente, hace parte del debido proceso la oportunidad en la que se profieren las decisiones.

El derecho de defensa, el de audiencia previa a la decisión, aspecto sustantivo del debido proceso, que en ocasiones es quebrantado por la administración, sobre la base de considerar que el interesado al interponer los recursos contra la decisión administrativa cuenta con una oportunidad para ejercer éste derecho. La administración no puede sostener válidamente, que no se desconoce el derecho de defensa cuando expresamente en el acto administrativo deja establecido la procedencia de los recursos gubernativos, sin que haya respetado el derecho a la audiencia previa a la decisión, ya que allí el particular puede defenderse y solicitar las pruebas que encuentre necesarias. Tales recursos no suplen esa exigencia porque se trata de la fase de la actuación administrativa, llamada procedimiento de segundo nivel, en la que se discute la decisión con quien participó en el procedimiento de formación de la misma. Es necesario concluir que para satisfacer el derecho al debido proceso no basta que las decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas con el fin de que el particular pueda instaurar los recursos en sede administrativa o acceder a la jurisdicción administrativa en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.³⁵

3. Nuevas manifestaciones del principio de igualdad en el procedimiento administrativo

Otro principio que reviste especial importancia para delimitar los criterios con fundamento en los cuales debe la administración desarrollar el procedimiento es el igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta.

La Corte Constitucional³⁶ ha señalado que este derecho reconoce la igualdad ante la ley a todas las persona y ante las autoridades los derechos

35. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Radicación: 25000-23-26-000-1992-2602-01(14040), Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

36. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-065 del 1 de febrero de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

a la igualdad de protección y de trato, por lo que en el trámite del procedimiento administrativo se debe garantizar a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Se trata de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud de la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuándo una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas.

Para ello, se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato, a través de la cual se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables,³⁷ por lo cual es admisible a la luz del artículo 13 de la Constitución y artículo 3, numeral 2 de la ley 1437 de 2011 un trato diverso en la medida en que la ley determine las características especiales a través de las cuales se deba dar un trato diferente.

A diferencia del Decreto 01 de 1984, que no consagra el principio de igualdad, el artículo 3, numeral 2 de la Ley 1437 de 2011 justifica la diferenciación de trato y protección especial, en la medida en que las personas por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. De esa manera, se identifica en la nueva disposición la igualdad ante la Ley de trato y de protección.

Dentro del contexto de la modernización de la administración pública y de la igualdad de trato se destacan las exigencias³⁸ que deben ser atendidas por las autoridades encargadas de realizar una prestación positi-

37. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

38. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 814 del 8 de agosto de 2005, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

va del Estado y que se relacionan con la precisión de los elementos que constituyen el supuesto de hecho para reconocer una determinada prestación pública en cabeza de una persona, el acopio de toda la información empírica suficiente para establecer si la persona que solicita la asistencia o protección se encuentra bajo la hipótesis del supuesto de hecho que justifica asignarle la prestación y la necesidad de evaluar el impacto que una decisión determinada, es decir inclusión o exclusión de la persona a un programa tiene sobre el cumplimiento presente y futuro de los objetivos del programa.

También debe tenerse en cuenta, las relaciones del principio de igualdad con los turnos que señala la administración a través de criterios establecidos en actos administrativos generales para la realización de pagos o actividades de la administración, los cuales no se pueden irrespetar, porque se estaría dando un trato discriminatorio y se estarían desplazando de los turnos a los otros interesados que están en iguales condiciones, lo cual opera incluso para aquellos que hubieran solicitado la protección de su derecho a través de la acción de tutela,³⁹ lo que conlleva a su turno al derecho que tienen los titulares del derecho a que se les informe sobre una fecha cierta en la cual recibirán la prestación, el que en todo caso debe ser dentro de un término oportuno y razonable.⁴⁰

La única excepción frente al respeto irrestricto a los turnos que señala la administración pública para la atención de asuntos de su competencia es la que se consagra en los artículos 5, numeral 6 y 20 de la Ley 1437 de 2011,⁴¹ disposición novedosa cuyos antecedentes se encuentran en la ju-

39. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-473 de 12 de junio de 2007, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

40. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-191 de 15 de marzo de 2007, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

41. Dicha disposición preceptúa lo siguiente: Las autoridades darán atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario, quien deberá probar sumariamente la titularidad del derecho y el riesgo de perjuicio invocados.

Cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada, la autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición.

risprudencia de la Corte Constitucional⁴² y que se refiere a una situación de urgencia manifiesta, motivo por el cual no puede someterse al interesado al respeto de los turnos, debiendo en estos casos ser atendida la persona en forma inmediata, en razón de esa especial vulnerabilidad, debilidad o riesgo, que no la hace equiparable con las demás personas que se encuentran en turno,⁴³ por lo cual en estos casos la administración, sin que haya necesidad de que el juez de tutela lo ordene, puede ordenar que una persona que se encuentra en situación extrema sea atendida prioritariamente sin tener que someterla a los turnos.

Se infiere la necesidad que le asiste a la administración de clasificar los derechos de petición que le son allegados, para efectos de diferenciar los que se relacionan con el reconocimiento de un derecho público subjetivo, los que procuran la garantía de un derecho fundamental, los que contienen el derecho a una prestación y los que tienen este carácter, pero implican la atención prioritaria para evitar un perjuicio irremediable al peticionario.

La atención prioritaria depende de la calidad del sujeto de especial protección constitucional, por lo cual se pretende evitar un perjuicio irremediable a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad, riesgo o vulnerabilidad extrema y que requieren de un procedimiento o servicio del que dependen sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la dignidad. Como se trata de diversas variables seguramente estas disposiciones requerirán de una especial reglamentación para garantizar el derecho a la igualdad.

Con los demás procedimientos que adelanta la administración, debe precisarse que tanto el Decreto-Ley 01 de 1984 y la Ley 1437 de 2011 señala los términos en los que ésta debe decidir las actuaciones. Consideramos que en caso de congestión de un determinado despacho, debe la administración así mismo organizar los turnos en que dará respuesta a las peticiones y demás trámites correspondientes, por lo cual es indispensable la disposición de los mecanismos y acciones administrativas y de gestión

42. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-645 de 6 de agosto de 2003, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

43. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-646 de 16 de agosto de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

necesarias a fin de agilizar y dar celeridad a los trámites garantizando y haciendo efectivos los derechos de las personas.⁴⁴ Ello depende en la actualidad de lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Ley 01 de 1984 que señala que las actuaciones administrativas se cumplirán con observancia de los principios de economía, celeridad e imparcialidad en razón a los cuales se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones y se suprimirán los trámites innecesarios. Indica además, que el retardo injustificado es causal de investigación y sanción disciplinaria, que se puede iniciar de oficio o por queja del interesado.

La igualdad entraña además el principio de imparcialidad, no obstante admitirse el interés con que actúa la administración en la solución del conflicto,⁴⁵ según los intereses públicos o sociales y que entraña la necesidad de que las autoridades deban actuar teniendo en cuenta la finalidad de los procedimientos, el deber de asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin consideración a factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Se distingue la imparcialidad subjetiva de la imparcialidad objetiva, exigiendo la primera e que los asuntos sometidos al operador jurídico le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto; mientras que la segunda hace referencia al objeto del proceso, y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo.⁴⁶

Todos estos aspectos se traducen en los conflictos de interés y causales de impedimento y recusación que se encuentran consignados por el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 y algunas de ellas en el artículo 30 del Decreto- Ley 01 de 1984. La nueva disposición define qué es el conflicto de interés y señala las causales de impedimento y recusación, algunas de las

44. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-631 de 14 de junio de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

45. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-297 de 17 de junio de 1997, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

46. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1034 de 5 de diciembre de 2006, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

cuales son nuevas y otras fueron ajustadas a la realidad de los que ejercen función administrativa, pero la base se encuentra en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

4. Democratización de la administración a través de procedimientos administrativos informados, públicos y transparentes

Conforme lo hemos prevenido el principio de la igualdad se encuentra condicionado por el correcto manejo y oportuno suministro de información por parte de la administración en la actuación administrativa y en los procesos de distribución de bienes, servicios, subsidios, recursos etc., con lo cual además se garantiza el respeto a los principios que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209, inciso 1 de la Constitución Política y se crean las condiciones para garantizar el debido proceso que abarca también el derecho a la participación en las decisiones que los afectan e interesan, como lo prevé el artículo 2 de la Constitución.

La persona que no obtiene de la administración información oportuna, pertinente, correcta y completa sobre el procedimiento a seguir para tramitar una actuación o para hacerse acreedora a una prestación positiva del Estado es colocada en una situación de desventaja no compatible con el marco constitucional. Sin ella, el procedimiento administrativo que debe seguir el interesado habrá sido, ab initio, desconocido por la administración y, por ende, el derecho al debido proceso administrativo carecerá de sustrato real y pertinencia.⁴⁷

Para dar respuesta a ello, el artículo 3, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011 estableció el principio de transparencia, el cual no se encuentra en el Decreto-Ley 01 de 1984 y que se justifica porque la actividad administrativa es de dominio público y por tanto es derecho de toda persona conocer las actuaciones de quienes ejercen función administrativa, salvo reserva legal.

También, se redefine el principio de publicidad en el numeral 9 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, especificando que las autoridades darán

47. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-149 del 1 de marzo de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma, lo cual representa un enorme avance frente a lo dispuesto por el inciso 7 del Decreto-Ley 01 de 1984, que señala que las autoridades en virtud de este principio darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que determine la ley, porque supone la lógica que la administración debe volcar la información al público, con lo cual aminora la necesidad de que el ciudadano solicite la información que necesite, con lo cual se gana en transparencia y eficacia.

Lo anterior da cuenta de la importancia que tiene la información y el derecho público subjetivo que se deriva de éste frente a la administración y específicamente en lo que respecta al procedimiento administrativo.

La información y publicidad de las actuaciones públicas condiciona una de las finalidades esenciales del Estado referidas a la democratización de las instituciones estatales,⁴⁸ lo cual es posible a través de la interlocución con los ciudadanos informados, activos, deliberantes, autónomos y críticos, lo cual determina una nueva forma de adelantar las actuaciones administrativas, lo que repercute en la modernización de la administración pública, basada en la transparencia y la confianza de los ciudadanos en ella. La libertad de expresión y el derecho a la información son las condiciones principales para que la democracia exista⁴⁹ y se procure una relación de los organismos del Estado con los ciudadanos. Un aspecto central de la relación democrática es la información razonable y certera que debe suministrar la administración a los ciudadanos.

Lo anterior se traduce, en la disposición de acciones positivas que procuran el suministro a las personas de la información básica sobre sus

48. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-053 del 16 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

49. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-679 del 30 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

actuaciones y sus fundamentos jurídicos, pero también en un régimen jurídico que establezca las condiciones de acceso y las limitaciones a la información administrativa,, que es correlativo al derecho fundamental, en la medida en que ésta permite que las personas puedan integrarse a la gestión pública, tramitar sus asuntos con un nivel de información mínima y estandarizada que les permita adelantar sus actuaciones sin contratiempo, lo que a su turno posibilita la participación de los ciudadanos en los procesos de decisión que los afectan y el control de la gestión pública. En tal sentido, el derecho a la información implica no sólo una abstención por parte del Estado de censurar la información sino una demanda de acciones positivas consistente en proporcionar a los individuos a través de medios eficaces y eficientes la información pública donde se plasma la actividad estatal.

Distintas disposiciones constitucionales consagran el derecho fundamental de información. Así tenemos por ejemplo, el artículo 20, que consagra la libertad de expresión y difusión de su pensamiento y opiniones, así como la de informar y recibir información veraz e imparcial; el 23, que se refiere al derecho de petición; el 74, que establece el derecho de acceso a documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley; el 78, sobre la calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización, el 112, el derecho a la información con que cuentan los partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición al gobierno y el 209, que consagra el principio de la publicidad como aspecto cardinal de la función administrativa.

Estos preceptos constitucionales responden a las exigencias de la sociedad de la información, que implica para el Derecho administrativo una fuente que lo obliga a modernizar sus relaciones con los ciudadanos y a conformar la cultura de la información y transparencia.^{50.1} Ello, ha revertido a su turno en disposiciones concretas que se relacionan con el procedimiento administrativo y que se traducen en lo previsto en el artículo 17

50. GARCÍA MACHO, Ricardo, “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la administración, el ciudadano y el público”, en: *Derecho Administrativo de la información administración transparente*, 1ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 31 y ss.

del decreto Ley 01 de 1984 y 5 de la Ley 1437 de 2011, que señala que todas las personas tienen derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para el ejercicio del derecho de petición.

En medio de la importancia de la información para una sociedad se encuentran restricciones políticas, económicas y jurídicas, así como limitaciones impuestas por los grupos de poder, por los filtros y las manipulaciones, por el deterioro o el enriquecimiento de la información por parte de las personas que se encargan de seleccionar, analizar, resumir y describir es indispensable la existencia de políticas de información, que además integren las tecnologías y las redes informáticas, que presentan nuevos elementos que integran una nueva dinámica sobre el uso de la información. Las políticas de información⁵¹ deben coordinarse con las políticas generales del país, así como con las de educación y cultura y con las realidades históricas y sociales⁵² y a su turno, todas éstas, con el procedimiento administrativo.

La actividad desarrollada por las instituciones del Estado es de interés público, por ello, la adecuada tutela del derecho a la información y del principio de publicidad de las actuaciones estatales, exige conferir a los miembros de la comunidad un derecho a la información relevante, certera y precisa proveniente de aquéllas y una precisión sobre la información y los documentos de carácter reservados.

El artículo 8 de la misma Ley, señala el deber de la administración de suministrar la información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica y proporcionarla al público a través de medios impresos o electrónicos de que disponga y por medio telefónico o por correo.

Ampliando el listado de la información mínima que debe suministrarse a las personas y que aparece en el artículo 18 del Decreto-Ley 01 de

51. El Decreto 3816 del 31 de diciembre de 2003, creó la Comisión Intersectorial de Política y Gestión de Información en la Administración Pública COINFO con los objetivos de definir las estrategias y los programas para la producción de la información necesaria y lograr una óptima generación de bienes y servicios públicos por parte del Estado, así como generar los escenarios adecuados que permitan a los ciudadanos tener acceso a la información necesaria para garantizar la transparencia de la administración pública y para que puedan ejercer un efectivo control social.

52. MORALES, E., El derecho a la información y las políticas de información en América Latina, en: <http://archive.ifla.org/IV/ifla65/papers/056-137s.htm>.

1984, el artículo 8 de la Ley 1437 de 2011⁵³ señala que a través de los medios antes indicados debe informarse las normas básicas que determinan su competencia, las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan, las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad, los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate, las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos, la dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo, los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, sin que en ninguno de estos casos se exija la presencia del interesado.⁵⁴

En aras de garantizar la transparencia y la calidad de la actuación administrativa el artículo 36 de la Ley 1437 de 2011 como también lo consagraba el último inciso del artículo 29 del Decreto- Ley 01 de 1984 se señala que cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, salvo los documentos o cuadernos sujetos a reserva y a obtener copias y certificaciones sobre los mismos, las cuales se entregarán en el término máximo de 10 días.

Con este conjunto de disposiciones, se abre al público la posibilidad de acceder a la información relevante de la administración, salvo las excepciones que consagra la ley.

El artículo 24 de la Ley 1437 de 2011⁵⁵ señala que la Constitución y la Ley constituyen las fuentes jurídicas que pueden catalogar una informa-

53. Es antecedente de dicha disposición el artículo 8º de la Ley 902 del 2005

54. El artículo 17 del Decreto – Ley 01 de 1984 le daba alcance al artículo 45 de la Constitución de 1886, señalando que el derecho fundamental a la información incluye el de solicitar y obtener acceso a la información sobre la acción de las autoridades y a que se expida copia de sus documentos.

55. Las materias a que se refiere dicho artículo son: los protegidos por el secreto comercial o industrial, los relacionados con la defensa o seguridad nacionales, los amparados por el secreto profesional, los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las

ción o un documento como reservado, y además señala los casos en los que de manera especial se encuentran bajo reserva. El artículo 28 de la Ley 594 de 2000 modificó el inciso 2o. del artículo 13 de la Ley 57 de 1985, por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales, estableció que la reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta años de su expedición. Cumplidos éstos, el documento por este solo hecho no adquiere el carácter histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano y la autoridad que esté en su posesión adquiere la obligación de expedir a quien lo demande copias o fotocopias del mismo.

A su turno, también el artículo 25 de la Ley 1437 de 2011 señala que el acto que rechaza el suministro de información debe ser motivado y debe establecer las disposiciones que consagran el carácter reservado del documento o la información. También se advierte que la restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella.

El Tribunal administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos que han sido negados, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o el juez administrativo, si se trata de autoridades distritales y municipales, tienen competencia para decidir en única instancia la insistencia en el suministro de información que el interesado presente.

El artículo 31 de la Ley 1437 de 2011 establece que la falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la violación al régimen de prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas constituirán falta gravísima para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la ley disciplinaria.

La solicitud de información en forma masiva y la forma de responder a estas solicitudes es regulada por el inciso segundo del artículo 22 de la Ley

personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información, los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

1437 de 2011 en forma novedosa, pues en el Decreto- Ley 01 de 1984 no existía ningún antecedente. La petición de información masiva, fue definida por el legislador cuando diez o más ciudadanos formulen peticiones de información análogas, con lo cual la administración podrá dar una única respuesta que publicará en un diario de amplia circulación, la pondrá en su página web y entregará copias de la misma a quienes las soliciten.

5. Ampliación de la legitimación democrática de la administración a través de la participación ciudadana

La participación ciudadana en los distintos aspectos de la sociedad constituye garantía básica para lograr amplios espacios de legitimación democrática, convirtiéndose su ejercicio en una manifestación de la libertad individual y autonomía de los ciudadanos, orientada a la intervención en la dirección de la comunidad política de la cual forman parte. El derecho de participación ciudadana se consolida como una garantía estructural del Estado Social de Derecho, en cuanto se relaciona con el derecho que les asiste a los ciudadanos, pero condición necesaria para cualquier espectro de participación es el suministro y acceso a la información pública.

A partir del modelo de democracia participativa, se encuentra, de un lado, la participación de los ciudadanos como garantía de eficacia y eficiencia de las decisiones administrativas que se relacionan con los intereses generales, colectivos y grupales y del otro lado, el procedimiento administrativo, que de acuerdo con el nuevo modelo exige nuevos instrumentos que viabilicen una mayor y mejor participación de los interesados para efectos de obtener unas actuaciones administrativas que resulten eficaces, eficientes, equitativas, justas para garantizar los derechos de las partes.

El numeral 6 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 consagra el principio de la participación ciudadana, que será promovida y atendida por la administración pública, para efectos de intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Lo anterior es consecuencia de lo prescrito en el artículo 103 de la Constitución, que concibe dentro del modelo de democracia participativa la participación ciudadana en lo administrativo que se encuentra prevista

en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta⁵⁶ y es un elemento de importancia estructural del Estado colombiano,⁵⁷ constituyendo uno de sus fines esenciales hacia los cuales se debe orientar su actividad.

Pregunta crucial es si se encuentran dadas las condiciones jurídicas y políticas para que el ciudadano pueda participar de los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión administrativa, así como en el procedimiento administrativo, de tal manera que la administración pueda contar con el ciudadano para garantizarle sus derechos y lograr la eficacia de sus actuaciones. A su turno, es de analizar con sujeción a este último aspecto cuales son los deberes de participación de los interesados en el procedimiento administrativo colombiano para la defensa de sus derechos e intereses.

El mandato de expansión de la democracia que impone la Carta,⁵⁸ ha de entenderse como el resultado de varios procesos que involucran garantías para que la participación en los procesos señalados sea voluntaria⁵⁹ realmente, las decisiones efectivamente sean expresión de las opciones personales,⁶⁰ cada opinión sea igualmente valorada⁶¹ y los procedimientos fijados normativamente sean cumplidos.⁶²

56. El artículo 1 se establece el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano. El artículo 2 institucionaliza el principio de participación de todos en las decisiones que los afectan y el artículo 3 establece la soberanía popular, con lo cual se infiere que el orden superior incluye un nuevo modelo de la democracia participativa y por ello desarrolla algunas disposiciones que permiten que el ciudadano influya directamente en el espectro político, administrativo, social, económico, cultural y ecológico del Estado.

57. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 1005 del 30 de noviembre de 2006. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas.

58. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1110 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

59. Artículo 16 de la Carta.

60. Artículos 18 y 20 de la Constitución.

61. Artículos 13 y 14 de la Constitución.

62. Artículo 29 de la Constitución.

El artículo 32 de la Ley 489 de 1998, “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” consagra la obligación de todos los organismos de la administración pública de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública, por lo cual podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Concretamente, podrán convocar a audiencias públicas, incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana, difundir y promover los mecanismos de participación y los derechos de los ciudadanos, incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos, apoyar los mecanismos de control social que se constituyan, aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.

De lo anterior, se deduce que para procedimientos administrativos que tienen por objeto producir un acto administrativo de carácter general o uno particular y concreto, iniciado de oficio o a petición de parte, es posible identificar elementos jurídicos que redunden en la garantía o en la posibilidad que tenga la autoridad de contar con la participación ciudadana.

El último inciso del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 señala la posibilidad que tienen las autoridades de decretar la práctica de audiencias en el curso de cualquier tipo de actuación, con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones.

Lo anterior implica una potestad discrecional de la autoridad administrativa competente para celebrar dicha audiencia pública, para que en términos de eficacia, conveniencia y oportunidad, promueva la participación ciudadana, lo cual dependerá de la complejidad del asunto a tratar y que de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 489 de 1998, se refiere a la discusión de aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evalua-

ción de políticas y programas a cargo de la entidad y, en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos y de su grado de convicción de las ventajas que representa la apertura del proceso de adopción de la decisión administrativa a la participación ciudadana.

Se señala igualmente, que las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración y se establece la necesidad de que la administración explique a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada. Esto mismo se consagra en el artículo 5, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011.

Lo anterior implica que la participación ciudadana para efectos de adoptar decisiones de carácter general, se somete a la discreción de la administración, en cuanto se refiere tanto a la convocatoria como con la adopción de la decisión.

Sin embargo, pensamos que la legislación debe concretar criterios y procesos de adopción de decisiones de carácter general donde sea obligatorio acoger las decisiones fruto del consenso o de la mayoría de los ciudadanos, respetando el derecho al debido proceso, que cuenta con elementos de participación ciudadana para facilitar la deliberación, formulación de asuntos donde se pretenda afectar el interés colectivo.

Lo anterior se soporta en la legitimación que las decisiones consensuadas o con una amplia mayoría detentan, lo cual genera graves inconvenientes a la administración, cuando decide adoptar una decisión contraria a la sostenida por la totalidad o mayoría de la comunidad participante.

Aplicando el carácter expansivo de la democracia, ha sido posible la participación ciudadana de las comunidades indígenas y afrodescendientes,⁶³ basados en los deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan y en aplicación del Convenio 169 de 1989 de la OIT.⁶⁴

63. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-063 del 4 de febrero de 2010, Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.

64. Los fundamentos constitucionales de los espacios de participación ciudadana en este caso, se concretan en el artículo 7 de la Carta, que incorpora dentro de los principios fundamentales de la Constitución, el reconocimiento y protección de la diversidad

Como un ejemplo de la democratización de la administración a través de la participación ciudadana tenemos el caso relacionado con la expedición de resoluciones de carácter general de las Comisiones de Regulación, donde el artículo 9 del Decreto 2696 del 2004, “Por el cual se definen las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación”, señala que las Comisiones harán público en su página Web, con antelación no inferior a treinta (30) días a la fecha de su expedición, todos los proyectos de resoluciones de carácter general que pretendan adoptar, excepto los relativos a fórmulas tarifarias.

Otro mecanismo de participación ciudadana de los titulares del derecho o los interesados en el procedimiento administrativo es el derecho de petición que puede conducir a la producción de un acto administrativo de carácter general o particular y concreto, regulado por el artículo 5 y 9 del Decreto Ley 01 de 1984, así como el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, consistente en que toda persona podrá formular peticiones en interés general o particular.

El Decreto Ley 01 de 1984 y la Ley 1437 de 2011 no establecen disposiciones que dieran cuenta del trámite para la producción de actos administrativos de carácter general⁶⁵ o de los derechos de los participantes en este tipo de actuaciones o la necesidad de motivación de este tipo de actos,⁶⁶ salvo lo atinente a la posibilidad de realizar audiencias públicas,

étnica y cultural de la Nación colombiana. De igual modo, el artículo 330 de la constitución que dispone que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres.

65. Aquellos que contienen supuestos normativos enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versan frente a una pluralidad indeterminada de personas. Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 30 de junio de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

66. El artículo 35 del Decreto 01 de 1984 señala que los actos administrativos que deben motivarse son los particulares y concretos. Ello se explica en que los actos administrativos de carácter general concretan decisiones que corresponde al ejercicio de una potestad reglada prevista en la ley preexistente, que obliga a la autoridad a adoptar las medidas a ella asignadas en forma expresa. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 29 de mayo de 2003, Radicación número: 11001-03-27-000-2002-0023-01(13104), Consejero Ponente: GERMAN AYALA MANTILLA.

aspecto ya explicado, con lo cual se puede decir que el procedimiento administrativo colombiano se dirige principalmente a regular la actuación de carácter particular y concreta,⁶⁷ por lo que no existen disposiciones que especifiquen el trámite de obligaciones de dar ni las consecuencias jurídicas que pueden darse en dicho procedimiento con las vías de hecho, operaciones administrativas u omisiones de la administración.

Al estar vinculado el derecho de petición con la actuación y con el procedimiento administrativo para producir actos administrativos particulares y concretos, se colige que la consecuencia jurídica de esta relación es la necesidad que tienen las autoridades de darle alcance al principio *pro actione* que representa una mayor garantía y una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acción y por tanto asegura que debe adoptarse la decisión de fondo, eficaz y justa, objeto del procedimiento, superando las dificultades de índole formal.

En esta dirección y con acopio del el principio de eficacia previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 01 de 1984 y de la Ley 1437 de 2011 se prescribe que los procedimientos deben lograr su finalidad y se debe remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitar decisiones inhibitorias o retardos y por ello, se sanearán las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa, el artículo 10 del Decreto Ley 01 de 1984 y el artículo 8 y 9 de la Ley 1437 de 2011 que se refiere a la prohibición de exigir constancias, certificaciones o documentos que reposen en la entidad respectiva y la obligación que tiene la administración de publicar la relación de requisitos especiales dispuestos por la ley o los reglamentos.

Otra manifestación del derecho de participación en el trámite de actuaciones administrativas es el derecho consagrado en el artículo 29 del Decreto Ley 01 de 1984 y el 5, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011 relativo a la posibilidad que tiene toda persona de conocer, salvo reserva legal, el estado de cualquier actuación o trámite y obtener copias, a su costa, de los respectivos documentos, dentro del término de diez (10) días, lo cual reviste capital importancia, pues permite el acceso a cualquier persona a la información pública que no tiene carácter de reservado, porque estos hacen parte de un

67. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O., Tratado ..., p. 189.

cuaderno separado, sin que pueda hacerse exigible la demostración de un interés legítimo. Al titular del derecho o interesado en el procedimiento administrativo se le reconoce el derecho a la defensa y de contradicción y en consecuencia puede postular pruebas, presentar alegatos y fijar su posición jurídica frente a la actuación. Lo anterior se relaciona con el derecho⁶⁸ que tiene el interesado para que de oficio o a petición de parte la administración conforme el expediente con el conjunto de documentos y actuaciones surtidas en el procedimiento administrativo y que constituye el sustrato físico de la actuación.

Cualquier irregularidad con la conformación, acumulación, revisión y consulta del expediente es violatorio del derecho a la defensa.⁶⁹

El debido proceso también entraña el deber de la administración de comunicar la actuación a terceras personas que puedan resultar directamente afectadas por la decisión, de tal manera que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos, según lo prescribe el artículo 14 del Decreto Ley 01 de 1984, el 37 y 38 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 34 del Decreto Ley 01 de 1984 y el 40 de la Ley 1437 de 2011 señalan el derecho que tiene la administración para decretar pruebas de oficio, así como los titulares de los derechos o los interesados legítimos para postular pruebas durante la fase de la actuación administrativa, pudiendo controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se adopte la decisión de fondo.

Ello, implica que el impulso probatorio corresponde a la administración, quien no pueda adoptar una decisión sin pruebas, rigiendo primordialmente el principio de la oficialidad, lo cual implica que en términos generales y salvo que ley especial disponga otra cosa, que la carga de la prueba corresponde a la administración. Ello es lógico pues a ella corresponde la salvaguarda de los intereses generales. No obstante ello, ni el Decreto Ley 01 de 1984 ni la Ley 1437 de 2011 señala cual es el término probatorio, con lo cual se entiende que éste debe adelantarse dentro del término con que cuenta la autoridad para adoptar la decisión. Por ello, en

68. Artículo 29 del Decreto Ley 01 de 1984 y 36 de la Ley 1437 de 2011.

69. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-419 de septiembre 23 de 1994, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

aplicación del artículo 40 del Decreto Ley 01 de 1984 y 83 de la Ley 1437 de 2011, ha de entenderse que la administración cuenta con un término máximo de tres meses para producir la decisión definitiva que corresponda, pues de lo contrario ocurrirá el silencio administrativo negativo.

Se consagra el derecho de postular pruebas en la etapa de la actuación administrativa y a que estas sean valoradas, en el artículo 5, numeral 8 de la ley 1437 de 2011. Sin embargo, las disposiciones señaladas no garantizan que la administración las decrete o las rechace con fundamento en un acto administrativo motivado y contra el cual procedan recursos. El artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 señala que contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos.

De esta manera, se le dio alcance a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁰ que ha establecido que la regulación de la actuación administrativa en la primera parte del C. C. A., no prevé que la negación de pruebas deba sustentarse en auto previo a la decisión que le pone fin, como tampoco prevé el traslado para alegar de conclusión, sino que lo primero bien puede hacerse en el acto administrativo contentivo de esa decisión, toda vez que según el artículo 49 del mismo código establece que los autos de trámite no tienen recurso, salvo norma en contrario, mientras que aquél si tiene recursos, y por cuanto, al tenor del artículo 35 del C.C.A., en la decisión que pone fin a la actuación administrativa se resolverán todas las cuestiones planteadas en ellas, salvo las que tienen trámite especial, v. gr. la recusación o el conflicto de competencia, todo lo cual le permite al interesado impugnar en la vía gubernativa esa negación.

Lo anterior implica que frente al derecho de postulación de pruebas, no existe un correlativo deber de la administración para pronunciarse sobre ellas, como tampoco el deber de conceder una oportunidad al interesado para alegar de conclusiones y por tanto puede adoptar la decisión que corresponda, sobre la base de entender que el interesado perjudicado con la decisión puede interponer recurso contra ésta.

Ello resulta sumamente discutible en la medida en que si bien existe la oportunidad de interponer recurso contra la decisión que se adopte en la fase de la actuación administrativa, lo cierto es que en este caso la deci-

70. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 20 de febrero de 2003, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0035-01(5741), Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.

sión ha sido adoptada y por tanto debe estar soportada en las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes y practicadas o aportadas dentro de la actuación administrativa.

Luego si se consagra el derecho a postular pruebas debería existir el derecho a obtener un pronunciamiento expreso, donde en forma motivada se analice la decisión de la negativa a la práctica de pruebas, lo que a la luz del artículo 29 de la Constitución sólo puede obedecer por la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del procedimiento o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas.⁷¹ Por ello, consideramos que la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por la autoridad y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa. Este aspecto además conduce a afirmar que el acto que niega la práctica de pruebas no puede considerarse como un acto de trámite sino que es un acto interlocutorio que define el derecho a postular pruebas que comprende el derecho al debido proceso y de participación en el procedimiento administrativo.

A la luz de la Constitución Política, el derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, constituye un derecho constitucional fundamental, y la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar a la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el titular del derecho o interesado legítimo, por ello la autoridad debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba.

Conviene señalar que no resulta indiferente conceder la oportunidad para discutir la pertinencia o conducencia de la prueba antes de adoptar la decisión pues se trata de los elementos probatorios necesarios para adoptar la decisión que corresponda, mientras que si se da la oportunidad de discutir dicha decisión en forma posterior estamos en presencia de una decisión que tiene deficiencias probatorias e incluso falta de concreción de las posiciones jurídicas de los titulares del derecho o los interesados legítimos.

71. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-393 de 7 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Se advierte que las disposiciones que regulan el procedimiento administrativo no establecen la posibilidad de que las partes participen de la práctica de pruebas y por tanto se establezca la necesidad de que la administración comunique la fecha y hora en que las pruebas han de practicarse, con lo cual pensamos que de no comunicarse podría vulnerarse el derecho del debido proceso.

Otro aspecto importante para preservar el debido proceso y garantizar la interlocución y plena discusión de las posiciones jurídicas es la necesaria oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, antes que sea adoptada la decisión que corresponda, aunque para el Consejo de Estado no se viole el derecho al debido proceso sino se corre traslado para alegar antes de que se adopte la decisión.

El artículo 35 del Decreto Ley 01 de 1984 señala que habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, se adoptará la decisión que corresponda, lo cual implica que la administración debe dar oportunidad al titular del derecho o a la parte interesada para que presente sus alegatos de conclusión. El artículo 5 y 42 de la Ley 1437 de 2011 señala que las personas en relación con las autoridades tienen derecho a formular alegaciones. Ello presupone que la administración debe brindar la oportunidad a los interesados de aportar los alegatos de conclusión, para que fijen el presupuesto de los hechos, sus juicios de valor, los argumentos de conveniencia y oportunidad y su posición jurídica y técnica sobre las actuaciones que se han sustanciado en esta etapa. Todo ello, conllevará a preservar el derecho a la defensa.

Otra manifestación del principio de participación en el procedimiento administrativo es el derecho a impugnar la decisión de carácter individual y concreto que se hubiere adoptado en la actuación administrativa. El artículo 50 del Decreto – Ley 01 de 1984 y el 74 de la Ley 1437 de 2011 establecen los recursos que proceden contra los actos definitivos, los cuales tienen por objeto que se aclare, modifique o revoque la decisión administrativa. El recurso de reposición es catalogado como facultativo y el de apelación, es obligatorio. El recurso de queja, procede cuando sea rechazado el recurso de apelación y también tiene el carácter de facultativo.

El hecho de que se establezca la obligatoriedad del recurso de apelación, ha generado el cuestionamiento relativo a si en verdad constituye dicho recurso un derecho de participar en el procedimiento administrativo y

por tanto se considere como una garantía de los derechos del titular del derecho o del interesado o si mas bien se trata de una carga que éste tiene que sufrir para poder acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa y en esa medida es un privilegio de la autotutela de la administración.

En Colombia, se considera que se trata de un privilegio de la administración, en virtud de lo establecido por el artículo 135 del Decreto 01 de 1984 y 161, numeral 2 de la ley 1431 de 2011 que determina que el agotamiento de la vía gubernativa es un presupuesto procesal de la acción contenciosa administrativa. También lo ha señalado la Corte Constitucional,⁷² basado en la necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la matización del privilegio que hace el artículo 55 y 64 del Decreto 01 de 1984 y 89 de la Ley 1431 de 2011, según los cuales se consagra el efecto suspensivo con el que se conceden los recursos, con lo cual hasta tanto no se resuelvan los recursos no se puede predicar el carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades y por tanto, sólo podrán ser ejecutados cuando éstos se encuentren en firme.

Ello implica una garantía para el titular del derecho o ciudadano interesado en los resultados del procedimiento administrativo, pues si bien debe interponer el recurso de apelación para poder acudir ante la jurisdicción contenciosa, el acto no se ejecutará hasta tanto no sean notificadas las decisiones adoptadas con fundamento en los recursos. En este orden de ideas, si bien el recurso de apelación es obligatorio y es presupuesto procesal necesario para el ejercicio de la acción, también es cierto que la administración no puede ejecutar el acto hasta tanto no decida el recurso, con lo cual en forma evidente se ha matizado el privilegio de autotutela administrativa, toda vez que esta regla actúa de manera generalizada y no se encuentra sometida a la excepción justificada en la existencia o posibilidad de un perjuicio grave para el interés general, con lo cual prevalece los dere-

72. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-792 de 20 de septiembre de 2006, Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

chos fundamentales del titular del derecho o interesado legítimo frente al interés de gestión de la administración.

También debe tenerse en cuenta que si transcurre un término de dos meses⁷³ sin que la administración hubiere notificado la decisión expresa, se produce el silencio administrativo negativo, caso en el cual el interesado puede optar por acudir a la jurisdicción o por esperar una respuesta efectiva de la administración, sin que esta última opción, considerada como un desarrollo del derecho de petición, pueda acarrearle consecuencias adversas,⁷⁴ por lo cual se tiene que en este evento el titular del derecho o interesado legítimo puede acudir en cualquier tiempo a la jurisdicción.⁷⁵

6. El principio de la buena fe y la confianza legítima en el procedimiento administrativo

El artículo 3, numeral 4 de la Ley 1437 de 2011 establece el principio de la buena fe, aplicable en el procedimiento administrativo, según el cual las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes, con lo que se le ha dado alcance al artículo 83 de la Constitución Política, en la medida en que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe y por tanto deben ser leales y transparentes, aspectos que se presumen en todas las gestiones y actuaciones públicas. Estos principios revelan la posición moral que debe caracterizar la conducta de las autoridades públicas y los intervinientes del procedimiento administrativo con respecto de las distintas situaciones jurídicas.⁷⁶

73. Artículo 60 del Decreto Ley 01 de 1984 y 86 de la Ley 1437 de 2011.

74. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 17 de julio de 2009, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

75. Artículo 136 del Decreto Ley 01 de 1984 y 161, numeral 2 de la Ley 1437 de 2011.

76. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de derecho patrimonial civil*, t. I, ed. Civitas, Madrid, 1978.

No obstante la novedad en la consagración legal del principio, la jurisdicción contencioso- administrativa en aplicación de la disposición constitucional que consagra la buena fe y ha extraído de manera implícita de este principio la protección de la confianza legítima, implicando una relación con el Derecho constitucional, basado en la clausula del Estado de Derecho y de la seguridad jurídica.

La doctrina distingue entre el principio de la buena fe y la confianza legítima,⁷⁷ sobre la base de entender que aquel es el género y ésta la especie. Ambos comparten el deber de lealtad, porque cuando se contraría este aspecto, así mismo se quebranta la confianza, pero se diferencian a partir del elemento transparencia, que es propia de la buena fe y que permite visualizar una conducta clara que tiene la vocación de generar efectos jurídicos, pero éste no exige la coherencia con actos o promesas previas que inducen a una parte de la relación jurídica a esperar determinada conducta de la contraparte, que es lo característico de la confianza legítima.

La protección de la confianza legítima es por tanto corolario del principio de la buena fe⁷⁸ y de la seguridad jurídica⁷⁹ y ha adquirido identidad propia,⁸⁰ basada en las reglas especiales que se imponen en la relación entre la administración y los ciudadanos, aplicándose como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración crea expectativas favorables para el ciudadano y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones.

Estos principios contienen un modelo de conducta que se origina en la moral institucionalizada por el Derecho y por tanto se atienen a las

77. VIANA CLEVES, M.J., *El principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo colombiano*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 44 y 45.

78. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de agosto 3 de 2006, Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00077-00(14897), Consejera ponente: María Inés Ortiz Barbosa.

79. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-084 del 1 de febrero de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

80. VALBUENA HERNÁNDEZ, G., *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 243.

reglas de la moral social que exige honestidad, confianza, rectitud, decoro, coherencia, credibilidad que otorga la palabra dada y mayor objetividad, para que el ciudadano pueda evolucionar en un medio jurídico estable y previsible. Por ello, la buena fe se presume y cabe frente a las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares.

El elemento objetivo del principio constitucional de la buena fe trata de amparar unas expectativas válidas que los particulares habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien basadas en comportamientos activos o pasivos de la administración pública, de regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas.⁸¹

En el procedimiento administrativo colombiano, a partir del principio de la confianza legítima se extraen consecuencias para la producción de actos administrativos generales y particulares y concretos,⁸² por cuanto la buena fe rige las relaciones entre la administración Pública y los ciudadanos, sirviéndole de fundamento al ordenamiento jurídico, informando la labor del intérprete, orientando el ejercicio de la potestad discrecional y constituyendo un decisivo instrumento de integración del sistema de fuentes colombiano.

Es por ello, que el principio de la protección de la confianza legítima ha tenido incidencia en lo que respecta a la limitación de las potestades discrecionales y regladas que se confieren a las autoridades administrativas cuando éstas se han dirigido a modificar de manera abrupta, aunque válida y legítima, derechos de particulares. También el principio ha servido para limitar la potestad de revisión de oficio del acto administrativo particular y concreto.

En este sentido, ha establecido el Consejo de Estado que, para que la confianza del particular sea digna de protección jurídica y por tanto puedan ser indemnizados los daños causados al titular del derecho o al interesado legítimo por los cambios normativos abruptos, así sean legítimos, es necesario que se prueben las siguientes condiciones:

81. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1049 del 26 de octubre de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

82. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 9 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

- Se exige una relación jurídica de Derecho administrativo que no sea provisional, porque se requiere que la confianza se consolide, lo cual es posible sólo ante actuaciones que no tengan limitación en el tiempo⁸³
- De dicha relación jurídica debe deducirse un daño surgido de una situación jurídica entre la administración y los particulares⁸⁴
- La existencia de razones objetivas que dan cuenta de un comportamiento de la administración, basado en las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico que genera estabilidad y con ello una expectativa razonable y cierta de que la manifestación de la voluntad generará los efectos esperados, pues se apoya en signos posteriores a la manifestación de la voluntad externos y concluyentes⁸⁵ para representar una actuación válida⁸⁶
- El conflicto entre la necesidad de preservar el interés público y el interés privado de quien se encuentra amparado por los principios de seguridad jurídica y legalidad, debe resolverse a favor del primero
- Se exige una antijuricidad, no tanto como conducta ilegal, sino en el sentido de que el sujeto que sufre los daños y perjuicios por la actuación administrativa no tiene el deber de soportar los mismos y, a este respecto, la jurisprudencia ha admitido la quiebra de la confianza en las expectativas legítimas como una causa adecuada e idónea para el resarcimiento de daños y perjuicios, pero rechaza con idéntica fuerza aquellos supuestos en que la confianza del ciudadano obedece a un puro subjetivismo⁸⁷

83. GARCÍA MACHO, R.. Contenido y límites de la confianza legítima, en: Revista Española de Derecho administrativo, ed. Civitas, Madrid, No. 56., 1987, p. 561. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-706 del 21 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, cita (16) en igual sentido a GARCÍA MACHO, R., Contenido y límites del principio de la confianza legítima, publicado en: *Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, ed. Civitas, Madrid. 1989.

84. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 13 de diciembre de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

85. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-642 del 1 de julio de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.

86. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-578 del 14 de diciembre de 1994, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

87. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2005, Radicación número: 41001-23-31-000-1990-05732-01(12158), Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

· El comportamiento previo a la constitución de las relaciones debe ser claro, inequívoco y veraz, luego no puede basarse en situaciones ambiguas o por haber el particular inducido a error a la administración al facilitar datos inexactos, por lo cual cuando el beneficio que fue modificado por la administración fue obtenido por el particular en forma dolosa, engañosa, con información errónea y/o con documentación incompleta a sabiendas de la deficiencia, es obvio que esa confianza no es merecedora de protección

En cuanto respecta al procedimiento administrativo, la confianza legítima ha sido utilizada en cuanto se refiere a la revocatoria directa del acto administrativo particular y concreto, que al tenor de lo previsto en el artículo 73 del Decreto-Ley 01 de 1984 prohíbe a la administración revocar dicho acto sin que medie consentimiento previo y escrito del titular del derecho. Sin embargo, excepcionalmente permite la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

El artículo 69 del Decreto-Ley 01 de 1989 se ha interpretado por el Consejo de Estado de dos diversas maneras. En primer lugar, cuando concurren las siguientes condiciones: que el acto administrativo particular y concreto fue obtenido por ocurrencia del silencio administrativo positivo, obra medio ilegal y existe simultáneamente alguna de las causales previstas por el artículo 69 del Decreto-Ley 01 de 1984. En segundo lugar, cuando el acto particular y concreto se obtuvo a través de maniobras ilegales del particular y se dan las causales de la revocatoria directa consagradas en la disposición antes señalada, sin importar que el acto fuere el producto del silencio administrativo positivo.

La interpretación mayoritaria del Consejo de Estado⁸⁸ sobre dicha disposición se ha referido a la posibilidad de que cualquier acto adminis-

88. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-04242-01(1127-07), Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

trativo particular que haya sido obtenido por medios ilegales pueda ser revocado unilateralmente, porque la formación del acto administrativo obtenido por medios ilícitos no puede obligar al Estado ni podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica porqué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.

Esta interpretación encuentra respaldo por la Corte Constitucional, quien señaló que en una circunstancia de manifiesta ilegalidad, la aplicación del principio de buena fe deberá operar en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias. El acto administrativo que así lo declare deberá en todo caso hacer expresa mención de dicha circunstancia y de la totalidad de los elementos de juicio que llevaron al convencimiento de la administración, lo cual implica necesariamente la aplicación de un procedimiento que permita a la administración reunir dichos elementos de juicio⁸⁹ y garantizar el debido proceso.⁹⁰

Sin embargo, en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa también se ha sostenido que la posibilidad que tienen las autoridades de revocar los actos administrativos de este tipo y sin consentimiento del particular se refiere únicamente a los derivados del silencio administrativo positivo, sea porque se configura alguna de las causales establecidas en el Artículo 69 de ese código o porque el acto haya ocurrido por medios ilegales.⁹¹

Frente a estas posiciones consideramos que al tratarse de la existencia de una causal que repercute en la legalidad del acto y éste hubiere creado o modificado un derecho y el particular no otorga su consentimiento para que sea revocado directamente por la administración, la enti-

89. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-672 del 28 de junio de 2001, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

90. Colombia, Corte Constitucional; Sentencia T-172 del 28 de febrero de 2005, Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

91. Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 1º de septiembre de 1998, Expediente S-405, Consejero Ponente: Javier Díaz Bueno .

dad tiene la posibilidad de demandar su propio acto acudiendo a la acción de lesividad, en razón a que el mismo es ilegal y por tanto va en contra del orden jurídico vigente.

Lo anterior conduce a afirmar que la administración no puede so pretexto de resguardar el orden jurídico revocar los actos administrativos sin que medie el consentimiento del titular del derecho, previo y escrito e ir en contra de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe, lealtad entre las partes, debido proceso, etc., contrariando además frontalmente la teoría del respeto del acto propio “*venire contra pactum proprium nelli conceditur*”, según la cual, a nadie le es lícito venir contra sus propios actos, y cuyo fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.⁹²

Siguiendo la posición por nosotros defendida el inciso 3 del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 obliga a la administración a demandar, sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitando al juez la suspensión provisional, cuando considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos y no ha obtenido el consentimiento previo y escrito del titular del derecho, con lo cual se ha restringido la aplicabilidad automática por parte de la misma administración, con lo cual se le da alcance al principio de la confianza legítima y por tanto pierde la administración la competencia de revocar el acto administrativo obtenido por el particular a través de actuaciones ilegales y fraudulentas y será el juez de lo contencioso administrativo el que deberá decidir.

Tal restricción acaba con las diversas interpretaciones sostenidas por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional y se restringe la aplicación del principio de protección de la confianza legítima cuando es la administración la que ha resultado defraudada por actuaciones ilegales y fraudulentas por parte del particular. Esta posición deriva en un marco de mayor protección de los derechos de los ciudadanos frente a posibles arbi-

92. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-04242-01(1127-07), Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

trariedades con las que la administración podía actuar, porque será el juez el que deba pronunciarse en forma oportuna, pues la disposición exige a la administración del procedimiento de la conciliación extrajudicial y de otro lado, posibilita la medida cautelar frente al acto, lo cual parece ser ponderado y razonable.

7. El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo

A través del principio de proporcionalidad se establece un límite a la actuación de la administración basado en un criterio finalístico sometido al método de ponderación.⁹³

Las únicas disposiciones aplicables de manera supletiva al procedimiento administrativo que se relacionan con el principio se encuentran en el artículo 36 del Decreto-Ley 01 de 1984 y en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, donde se establece que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa, con lo cual se puede producir una colisión entre bienes e intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

Esta previsión no ha de aplicarse a las decisiones administrativas regladas, donde subsiste el deber de aplicar en forma obligatoria la norma y por tanto el método de control de la decisión es la subsunción, toda vez que la regla sujeta la decisión que habrá de tomarse y por tanto prevé las circunstancias en las cuales opera el interés general.

Sin embargo, habrá de tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹⁴ ha reconocido que toda actuación administrativa, independientemente del nivel de regulación que restrinja su ejercicio, siempre tendrá un grado de discreción, por lo que el control del ejercicio de las potestades discrecionales es un tema capital del Derecho administrativo con-

93. QUINCHE RAMÍREZ, M. F., *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, Ed. Grupo Editorial Ibañez y Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p.65.

94. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-982 de 8 de octubre de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

temporáneo,⁹⁵ de ahí la importancia de estas disposiciones que se comentan, pues se trata de impedir que el desenvolvimiento de dicha potestad se transforme en un actuar arbitrario, contrario al principio de legalidad.

Debe tenerse en cuenta que la potestad discrecional material o positiva, surge como autorización expresa o implícita a la administración para que, previa ponderación de todos los hechos e intereses comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público. Éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predefinido, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante a través del poder discrecional, debiendo ponderar o comparar qué intereses secundarios, públicos o privados, merecen ser tenidos en cuenta o precisan ser sacrificados para la satisfacción del interés primario.⁹⁶

El Consejo de Estado en la misma sentencia citada define la discrecionalidad formal o negativa, la cual se detiene en la forma en que se configura, lo que normalmente ocurre cuando existe un espacio o ámbito de decisión no regulado o regulado en forma parcial por el ordenamiento, con lo cual el legislador autoriza configurar esta decisión a la administración.

El Consejo de Estado citando a Mariano Bacigalupo llega a la conclusión en la sentencia referida que por potestad discrecional se puede entender "...el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el

95. El control judicial aplicable frente al ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración tiene en cuenta los vicios en su formación, el error en su apreciación, la desviación de poder, el principio de necesidad, el principio de proporcionalidad, entre otros y existiendo cualquiera de estas circunstancias se puede considerar dicho acto administrativo como arbitrario y por lo mismo, contrario al principio de legalidad que fundamenta el derecho fundamental al debido proceso administrativo, aspecto que se deduce del contenido del artículo 36 del Decreto- Ley 01 de 1984.

96. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Radicación número: 110010326000199503074 01, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico”

Encontramos que toda potestad discrecional contiene elementos reglados y discrecionales. Uno de los elementos reglados que contiene dicha potestad es el fin, el cual es señalado expresamente o implícitamente por el legislador. De variar la administración los fines perseguidos incurre en desviación del poder y por tanto el acto puede ser anulado por la jurisdicción. En cada juicio se debe analizar las finalidades de la norma acusada, los medios para alcanzarlas, su idoneidad y necesidad, así como si la limitación a derechos fundamentales es excesiva. El Consejo de Estado ha aplicado el principio de proporcionalidad sin distinguir la intensidad del control⁹⁷ pero verificando la existencia de todos los elementos, tanto fácticos como jurídicos, necesarios para adoptar un criterio objetivo y razonable que determine su decisión, habiendo ponderado previamente entre los diferentes intereses jurídicos del caso concreto.

La Corte Constitucional ha señalado que el juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que, ante una posible colisión entre bienes e intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, incorpora exigencias básicas de racionalidad de medios y fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal y por tanto es un criterio de interpretación que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales.

El test o juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin pro-

97. La Corte Constitucional de Colombia ha distinguido entre distintos niveles de intensidad del juicio de proporcionalidad de acuerdo a la materia regulada por la norma demandada y a la naturaleza de los derechos en juego en el caso concreto, de donde ha deducido tres modalidades de test de proporcionalidad: test leves, test intermedios y test estrictos

puesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad.⁹⁸

98. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.



Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Costa Rica

*Por Ernesto Jinesta L.**

INTRODUCCIÓN

En Costa Rica hablar de procedimiento administrativo es sinónimo de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) de 1978 (Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978), cuyo Libro Segundo intitulado “Del Procedimiento Administrativo”, constituye una de las pioneras y más tempranas codificaciones de este instituto en Iberoamérica.

La LGAP tuvo la pretensión de establecer un procedimiento administrativo común y general, evitando la dispersión y atomización de procedimientos que imperaba en el estado de cosas anterior, con lo cual introdujo un grado importante de seguridad, homogeneidad y uniformidad en el marasmo asimétrico de trámites y procedimientos existentes antes de ese momento.

En este artículo se ofrece una visión macro y muy general sobre los procedimientos comunes en la legislación costarricense, dejando al margen todo lo relativo a los procedimientos administrativos especiales, por razón de la materia, por limitaciones obvias.

* Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD), Director Programa Doctorado Derecho Administrativo UELD, Profesor Universidad Castilla La Mancha, Presidente Asociación Costarricense de Derecho Administrativo (ASCODA), Presidente y académico de número Academia Costarricense de Derecho (ACD), Vicepresidente por Costa Rica y fundador de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, miembro de Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA), Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), Comité Expertos en Derecho Administrativo y Constitucional Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS), Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. www.ernestojinesta.com

I. FINES DEL PROCEDIMIENTO¹

El artículo 214, párrafo 1º, de la LGAP dispone que “El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración; con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico”, esta norma resulta coincidente en cuanto a su espíritu y filosofía con el artículo 10, párrafo 1º, *ibidem*, al establecer que “La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular”.

II. TIPOLOGÍA LEGAL DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS²

A. *Procedimiento ordinario*

Se encuentra regulado en el Capítulo Primero del Título Sexto “De las Diversas Clases de Procedimientos” del Libro Segundo de la LGAP (artículo 308 a 319 de la LGAP). En este tipo de procedimiento administrativo se trata de garantizar de forma amplia y suficiente el debido proceso, el derecho de defensa y el contradictorio, por la naturaleza, trascendencia y complejidad de las cuestiones que se debaten. Se pretende garantizar una discusión plenaria (cognición plena) por lo que es el rey de los procedimientos administrativos regulados.

Su objeto está predeterminado por la ley, concretamente, el artículo 308 de la LGAP, en cuanto establece que es de observancia preceptiva en tres grandes supuestos que son los siguientes:

- a) Cuando el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos

1. V. JINESTA LOBO (Ernesto), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo-, San José, IUSconsultec s.a. y Editorial Jurídica Continental, 2007, pp. 45-46.

2. V. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo-, pp. 64-75.

subjetivos e intereses legítimos y, en general, cuando se le pueda provocar una lesión grave y directa a esas situaciones jurídicas de carácter sustancial (artículo 308, párrafo 1º, inciso a, de la LGAP). En realidad el legislador de 1978 emplea una fórmula muy amplia que permite ubicar en tales hipótesis los actos administrativos desfavorables o de gravamen que cercenan la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado.

b) Cuando existe contradicción o concurso de interesados frente a la Administración (artículo 308, párrafo 1º, inciso b, de la LGAP). La norma está referida a los denominados procedimientos administrativos triangulares,³ en los que puede concurrir una pluralidad de interesados en sus diversas modalidades.

c) Cuando se trata de procedimientos disciplinarios cuyo acto final pueda constituir una sanción de suspensión o destitución⁴ o cualquiera otra de similar gravedad (artículo 308, párrafo 2º, de la LGAP).

Las diferencias del procedimiento ordinario con el sumario consisten, desde una perspectiva esquemática, en las siguientes:

a) El procedimiento ordinario debe sustanciarse en el plazo de dos meses (artículo 261, párrafo 1º, de la LGAP). En tanto que el sumario debe concluirse por acto final en un mes (artículo 325 *ibidem*).

b) En el ordinario existe una comparecencia oral y privada para admitir y recibir la prueba y alegatos de las partes (artículo 309, párrafo 1º), la cual también se aprovecha para formular conclusiones de he-

3. V. GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús) y GONZÁLEZ NAVARRO (Francisco), Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Madrid, Editorial Civitas S.A., 1993, pp. 48-49.

4. "Así, tratándose de infracciones para las cuales está previsto como sanción el despido o la suspensión del cargo, necesariamente debe seguirse el procedimiento ordinario, mientras que si está en presencia de otro tipo de faltas, el procedimiento a observar sería el sumario (...)." Procuraduría General de la República dictamen No. C-092-98 del 19 de mayo de 1998.

cho y de derecho en cuanto a la prueba y resultados de aquélla (artículo 317, párrafo 1º, inciso f, ibidem). En el sumario “(...) no habrá debates, defensas ni pruebas ofrecidas por las partes” (artículo 321, párrafo 1º, LGAP), siendo que, incluso, “Las pruebas deberán tramitarse sin señalamiento, comparecencia ni audiencia de partes” (artículo 321, párrafo 2º, ibidem), en este tipo de procedimiento, únicamente, habrá una audiencia escrita de conclusiones sucintas, una vez instruido el expediente, sobre los hechos alegados, la prueba producida y los fundamentos jurídicos en que apoyan sus pretensiones (artículo 324 ibidem).

c) La tercera y más relevante –desde una perspectiva sustancial u objetiva– estriba en el objeto o materias que se conocen y resuelven en sendos tipos de procedimientos, aspecto al que ya se hizo referencia supra.

B. Procedimiento sumario

Está normado en el Capítulo Segundo del Título Sexto “De las Diversas Clases de Procedimientos” del Libro Segundo de la LGAP (artículo 320 a 326 de la LGAP). En lo relativo a su naturaleza, este procedimiento está imbuido por los principios de la celeridad, economía y sencillez, por lo que supone un acortamiento, reducción y simplificación de los trámites por contraste con el ordinario. En la tensión clásica entre eficiencia y garantía, el procedimiento sumario opta por la primera, razón por la cual las garantías del debido proceso y la defensa se ven reducidas. En este tipo de procedimiento existe una cognición sumaria y no plenaria.

Tocante al objeto, el artículo 320 de la LGAP prescribe que “Cuando no se esté en los casos previstos por el artículo 308, la Administración seguirá un procedimiento sumario”, de modo que la definición de su objeto es negativa o residual –por exclusión–. Bajo esta inteligencia, su objeto puede ser el siguiente: a) Cuando se trate del dictado de actos administrativos favorables o declaratorios de derechos; b) en los procedimientos lineales cuyo acto final no sea de gravamen y c) en los procedimientos disciplinarios cuyo fin sea la investigación de una falta leve o levisima que no genere una sanción de suspensión o despido.

Debe advertirse que el artículo 326, párrafo 1º, de la LGAP prevé la posibilidad de convertir el procedimiento sumario en uno ordinario por la “complejidad e importancia” de la materia a tratar.

C. Procedimiento de revisión o impugnación

El Título Octavo “De los Recursos” del Libro Segundo de la LGAP los norma. Este tema será abordado infra. De momento cabe adelantar que la LGAP regula los recursos ordinarios (revocatoria, reposición y apelación –artículos 342 a 352–) y el extraordinario de revisión (artículos 353 a 355).

D. Procedimiento de urgencia

En el Título Primero “Principios Generales” del Libro Segundo de la LGAP, se regula este procedimiento. El artículo 226, párrafo 1º, ibidem dispone, al efecto, lo siguiente:

“En casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e incluso crearse un procedimiento sustitutivo especial”.

El procedimiento administrativo sustitutivo especial o de urgencia previsto en el artículo 226, párrafo 1º, de la LGAP será aplicable, única y exclusivamente, cuando concurra alguna de las circunstancias anormales estipuladas en el numeral 180, párrafo 3º, de la Constitución Política, esto es, por “guerra”, “conmoción interna” o “calamidad pública” (v. gr. agresión externa, guerra civil, desorden público interno causado por levantamientos de distintos sectores sociales, terremotos, huracanes, inundaciones, etc.).⁵

5. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Voto No. 3410-92 de las 14:45 hrs. del 10 de noviembre de 1992 –reiterado en el No. 1369-2001 de las 14:30 hrs. del 14 de febrero del 2001–.

E. Procedimientos especiales

La LGAP tiene la pretensión de establecer un procedimiento administrativo común o general para todas las administraciones públicas, tal y como se desprende de los artículos 229, párrafo 1º, y 367, párrafo 1º, al señalar, respectivamente, lo siguiente: “El presente Libro regirá los procedimientos de toda la Administración, salvo disposición que se le oponga” y “Se derogan todas las disposiciones anteriores que establezcan o regulen procedimientos administrativos de carácter general, o cuya especialidad no resulte de la índole de la materia que rijan”.

De esta forma, la propia LGAP admite la existencia de procedimientos especiales por la índole de la materia que regulan, tanto que el artículo 367, párrafo 2º, establece un elenco de los mismos (v. gr. procedimientos expropiatorios, tributarios, de contratación administrativa, etc.), el cual fue ampliado de forma exorbitada por los Decretos Ejecutivos Nos. 8979-P del 30 de agosto de 1978 y 9469-P del 20 de diciembre de 1978. Incluso, el párrafo 3º del artículo 367 de la LGAP establece que “Los casos exceptuados en el párrafo anterior continuarán rigiéndose por sus normas de procedimientos especiales”.

La vigencia o conservación –no derogación–, aunque sea subordinada y complementaria respecto de la LGAP, de las leyes que establezcan y regulen procedimientos especiales, por razón de la materia, no sólo es dispuesta por el artículo 367, párrafo 1º, *ibidem*, sino también por el artículo 368, párrafo 1º, al señalar que “Se mantienen vigentes, pero como complementarias o subordinadas a ésta, las demás leyes, reglamentos y otras normas de procedimientos existentes para materias especiales, a condición de que sean necesarios por razón de la índole propia de tales materias (...)”.

El concepto de leyes complementarias –las que regulan procedimientos especiales– significa que la LGAP se mantiene como la principal o fundamental, por su carácter imperativo (*ius cogens*) o de orden público y derogatorio de todas las que se le opongan –artículo 364, párrafo 1º de la LGAP–, y las especiales tendrán, por consiguiente, un carácter eminentemente accesorio o complementario, en lo no expresamente dispuesto o en lo que resulten más garantistas para los administrados. En lo relativo al concepto de subordinadas a la LGAP, significa que ésta tiene una mayor potencia y resistencia jurídica y, por consiguiente, un mayor grado o valor

jerárquico y preeminencia en caso de laguna⁶ o antinomia –artículo 364, párrafo 2º, *ibidem*–.

A lo anterior debe agregarse que el Libro II de la LGAP, en materia hermenéutica, para efectos de aplicación, de las leyes que regulen procedimientos especiales por razón de la materia por los diversos operadores jurídicos servirá como parámetro o criterio de orientación (artículo 364, párrafo 2º, *ibidem*).⁷ De modo que los principios generales, institutos y garantías contenidas en la LGAP servirán de parámetros de interpretación de todas las leyes que establezcan procedimientos especiales y deberán aplicarse supletoriamente.⁸

III. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO⁹

La LGAP de 1978 establece un conjunto de principios generales de los procedimientos comunes o generales que, incluso, se proyectan, según lo apuntado en el acápite precedente, a ciertos procedimientos especiales. El artículo 7º de la LGAP que hace referencia a las fuentes no escritas del ordenamiento jurídico administrativo –dentro de las que figuran los principios generales–, indica que sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico escrito y tendrán el rango de la norma escrita que interpretan, integran o delimitan, de la ley cuando suplen la ausencia –y no la insuficiencia– de una norma escrita y que prevalecen sobre las escritas de rango inferior.

6. V. gr. La aplicación en materia municipal del artículo 173 de la LGAP para efectos de la revisión o anulación de oficio de un acto favorable, V. Procuraduría General de la República dictámenes Nos. C-093-92 del 23 de junio de 1992, C-119-92 del 3 de agosto de 1992, C-024-94 del 10 de febrero de 1994 y C-079-94 del 11 de mayo de 1994.

7. V. Procuraduría General de la República dictámenes Nos. C-122-91 del 15 de julio de 1991 y C-173-95 del 7 de agosto de 1995.

8. V. Votos de la Sala Constitucional Nos. 617-90 y 5653-97 y dictamen de la Procuraduría General de la República No. C-173-95 de 7 de agosto de 1995.

9. V. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo–, pp. 77-169.

A. Impulsión de oficio

El artículo 222, párrafo 1º, de la LGAP establece lo siguiente:

“El impulso del procedimiento administrativo se realizará de oficio, sin perjuicio del que puedan darle las partes”

B. Verdad real

El artículo 214, párrafo 2º, de la LGAP, lo enuncia al establecer lo siguiente:

“Su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final”

Esta norma, al propio tiempo, tiene proyecciones específicas en los artículos 221 en cuanto establece que “En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible (...)”, 297, párrafo 1º, al preceptuar que “La Administración ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, de oficio o a petición de parte” y 321, párrafo 1º, al indicar que, incluso, en el procedimiento sumario “(...) la Administración deberá comprobar exhaustivamente de oficio la verdad real de los hechos y elementos de juicio del caso”.

C. Instrucción

El artículo 221 de la LGAP estatuye que para averiguar la verdad real “(...) el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de éstas últimas”, precepto que debe ser concordado con lo establecido en el artículo 297, párrafo 1º, LGAP, al indicar que “La Administración ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, de oficio o a petición de parte”.

D. Informalismo en favor del administrado

El artículo 224 de la LGAP enuncia el principio al indicar lo siguiente:

“Las normas de este libro deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados (...)”.

El informalismo en favor del administrado tiene una explicación y fundamento claro el cual radica que en el procedimiento administrativo no se puede exigir, por regla general, un patrocinio letrado –defensa técnica–, por lo que, en muchas ocasiones, es el propio administrado el que ejerce su propia defensa –material–, siendo que se trata de personas de modestos recursos económicos y con un escaso o ningún conocimiento jurídico, por los que se les complica dominar los vericuetos de la organización y del procedimiento administrativo perdiendo, con frecuencia, los plazos para recurrir y desconociendo la instancia donde debe presentarlos. Si el procedimiento administrativo tuviere las formalidades y tecnicismos de un proceso judicial, muy probablemente, la gran mayoría de los administrados perderían la posibilidad de acceder y recurrir en vía administrativa. Una formalización extrema del procedimiento implicaría despojar a la mayoría de los administrados de los escasos medios de protección con que cuentan en sede administrativa.

E. Gratuidad

El artículo 328 de la LGAP estipula lo siguiente:

“En el procedimiento administrativo no habrá lugar a la imposición de costas a favor o en contra de la Administración ni del interesado”.

En nuestro criterio, de lege ferenda, esa norma de la LGAP debe ser flexibilizada, puesto que, la propia administración puede, ocasionalmente, obligar al administrado a contar con patrocinio letrado –defensa técnica– (artículo 220 *ibidem*) cuando se trata de un asunto complejo, cir-

cunstancia en la que no se justifica que, en caso de resultar victorioso, tenga que asumir el costo de una obligación o carga que le impuso la propia administración. De otra parte, cuando se trata de actos de gravamen que afectan la estabilidad en el puesto de un funcionario público o la esfera patrimonial o extrapatrimonial de cualquier administrado, se verán compelidos, por la complejidad de los procedimientos, a contratar patrocinio letrado sin posibilidad de reembolsarse los honorarios profesionales cancelados.

F. Celeridad

A la celeridad como principio del procedimiento administrativo hacen referencia específica los artículos 225, párrafo 1º, de la LGAP en cuanto le impone al órgano director “(...) conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad (...)” y el 269, párrafo 1º, al indicar que la actuación administrativa se debe realizar “(...) con arreglo a normas de (...) celeridad (...)”.

La LGAP contiene, también, un conjunto de normas cuyo fin primordial es garantizar la celeridad del procedimiento administrativo, así los artículos 225, párrafo 2º, y 329, párrafo 2º, establecen, claramente, que habrá responsabilidad del ente público y del funcionario por cualquier retardo grave e injustificado, siendo que el no resolver en los plazos de ley se reputará falta grave de servicio. Asimismo, los ordinales 114, párrafo 2º, y 263, párrafo 2º, hacen personal y disciplinariamente responsable al funcionario público que haya tenido culpa en el retardo. De igual forma, cuando el artículo 269 *ibidem* condiciona la suspensión de los plazos del procedimiento a que concurra una razón de fuerza mayor, también, tiene el propósito de evitar cualquier dilación indebida e injustificada en la sustanciación, puesto que, ese concepto jurídico indeterminado debe ser interpretado restrictivamente.

Adicionalmente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha extendido al ámbito del procedimiento administrativo la garantía constitucional de una “justicia pronta” (artículo 41 constitucional) e incluso, a partir de los Votos Nos. 8548-2002 y 8549-2002, se refiere al “Derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido”, de ahí la necesidad de observar los plazos prescritos por la ley para sustanciarlo y finalizarlo.

Últimamente, encontramos dos claras tendencias que buscan acelerar los procedimientos administrativos que son: a) una oralidad más in-

tensa y efectiva, de la ya existente en los procedimientos constitutivos, sobre todo en fase de impugnación con tribunales administrativos especializados¹⁰ y b) la irrupción de los procedimientos administrativos parcial o totalmente electrónicos o digitales.¹¹

G. Economía

Este principio está enunciado en el artículo 269, párrafo 1º, de la LGAP, al preceptuar que “La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía (...)”.

H. Simplicidad

El artículo 269, párrafo 1º, de la LGAP dispone que la actuación administrativa debe realizarse con arreglo “(...) a normas de (...) simplicidad (...)”. Sobre el particular, la Sala Constitucional en el Voto No 7532-04 de las 17:03 horas del 13 de julio del 2004, estimó lo siguiente:

“IV.- (...) La simplicidad demanda que las estructuras administrativas y sus competencias sean de fácil comprensión y entendimiento, sin procedimientos alambicados que retarden la satisfacción de los intereses públicos empeñados (...)”.

Cabe advertir que una clara tendencia en los procedimientos administrativos para racionalizarlos y hacerlos más inteligibles y amigables para los administrados es su desregulación y simplificación¹² a través de la supresión de una serie de trámites innecesarios o duplicados o mediante ciertas medidas como la presentación única de documentos o la ventanilla

10. V. JINESTA LOBO (Ernesto), Oralidad en los procedimientos administrativos: Perspectivas, problemas y ventajas. Ponencia para el III Congreso Venezolano de Derecho Administrativo, Isla Margarita, 24-26 de marzo de 2011.

11. V. JINESTA LOBO (Ernesto), Administraciones públicas electrónicas: retos y desafíos para su regulación. Revista *Ivstitia*, año 22, Nos. 261-262, septiembre-octubre, 2008, pp. 4-16.

12. V. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo-, pp. 535-555.

única (v. gr. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472 de 20 de diciembre de 1994 y la Ley de Protección al Ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos No. 8220 de 4 de marzo de 2002).

I. Eficacia y eficiencia

Nuestra LGAP alude, por lo menos, en tres ocasiones al principio de eficiencia como rector de la función y actuación administrativa –incluido, por supuesto, el procedimiento administrativo–, en los artículos 4º, 225, párrafo 1º, y 269, párrafo 1º –los dos últimos, específicamente, emplazados en el Libro Segundo–. En realidad, la LGAP no menciona –probablemente por descuido o desconocimiento de su especificidad– directa o explícitamente la eficacia, sin embargo existe una imbricación recíproca entre sendos principios.¹³

J. Debido proceso

Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han señalado otros principios del procedimiento administrativo, que no necesariamente se encuentran expresamente establecidos en la LGAP.

Tenemos, así, el debido proceso y la defensa que tiene un contenido esencial muy amplio, por lo que comprende las siguientes facultades: a) la intimación o imputación de cargos –carácter y fines del procedimiento Votos de la Sala Constitucional Nos. 15-90, 310-95, 216-98, 1874-98-; b) derecho a formular alegatos y ofrecer pruebas; c) acceso al expediente administrativo o ad intra (artículos 272-274 LGAP y Votos Sala Constitucional Nos. 4235-94, 136-2003 y 2120-2003, 4637-2004 y 13024-2005); d) derecho de defensa; e) derecho a la comunicación de las resoluciones (artículos 239-247 LGAP y Votos Sala Constitucional Nos. 4125-94 y

13. V. PAREJO ALFONSO (Luciano), La eficacia, principio de actuación de la Administración. En *Eficacia y administración* (tres estudios), Madrid, INAP, 1995, p. 89 y BACIGALUPO SAGGESE (Mariano), El factor tiempo en el procedimiento administrativo desde la óptica del Derecho Comparado, en particular del Derecho Alemán. *Estudios sobre el procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas*, Granada, Editorial Cemci, s.f., pp. 363-364.

5348-94); f) derecho a la motivación de las resoluciones administrativas (artículo 136 LGAP y Votos Sala Constitucional Nos. 6078-99, 9240-2004, 14421-2004, 6535-2006 y 7561-2006); g) derecho de recurrir las resoluciones administrativas.

K. Derecho de acceso al expediente administrativo¹⁴

Hemos indicado, en el acápite precedente, que en Costa Rica, el derecho de acceso al expediente administrativo, se reputa como una manifestación específica del debido proceso y la defensa.

a) Tipología del derecho de acceso a la información administrativa

En doctrina se suele distinguir entre el derecho de acceso ad intra – dentro– y ad extra –fuera– de un procedimiento administrativo, el primero se ejerce uti singuli, esto es, únicamente por la parte interesada en un procedimiento administrativo y el segundo uti universi, es decir, por cualquier persona o administrado interesado en acceder determinada información administrativa. La legitimación, el sujeto activo y las garantías en uno y otro derecho varían ostensiblemente. Cabe resaltar que la Sala Constitucional ha distinguido claramente entre el derecho de acceso ad intra y ad extra (Votos Nos. 4235-94, 136-03 y 2120-03).

b) Derecho de acceso ad intra del procedimiento administrativo.

La LGAP, en su Capítulo Sexto, Título Tercero del Libro Segundo, intitulado “Del Acceso al Expediente y sus Piezas”, regula el derecho a la información del interesado dentro del procedimiento administrativo (ad intra del procedimiento).

14. V. JINESTA LOBO (Ernesto), *Transparencia administrativa y Derecho de acceso a la información administrativa*, San José, Editorial Juricentro, 2006 in totum.

En efecto, el artículo 272.1 *ibidem* dispone:

“Las partes y sus representantes, y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir certificación de la misma, con las salvedades que indica el artículo siguiente...”.

c) Garantías del derecho de acceso ad intra

c.1) Legales

Tocante a las garantías del interesado que pretenda imponerse del contenido de una de las piezas del expediente, el artículo 274 LGAP dispone que el acto que deniegue el conocimiento y acceso a una pieza deberá ser suficientemente motivado (artículo 136 LGAP), estableciendo además que contra el mismo cabrán los recursos ordinarios previstos en la ley (revocatoria, apelación y reconsideración).

Le corresponderá, consecuentemente, al superior jerárquico –apelación– o al propio jerarca –reposición o reconsideración– rever los motivos y fundamentos de la denegatoria del acceso para determinar si anula o confirma. En realidad, se trata de una garantía formal insuficiente, puesto que, es muy difícil que el superior o el propio órgano que emitió la denegatoria, la anule, reforme o modifique, ante lo cual habría que cuestionarse a qué instancia puede recurrir el administrado.

Aunque la Ley General de la Administración no lo indique, es claro que contra lo que resuelva el superior jerárquico o el propio órgano que conoció y resolvió el recurso horizontal de reposición, el administrado puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 41 y 49 de la Constitución Política). Obviamente, esta opción resulta sumamente onerosa, en tiempo y dinero, para el administrado a quien se le ha denegado el acceso a una pieza del expediente, puesto que, se le obliga a interponer un proceso ordinario contencioso administrativo. De esta forma, se jurisdiccionaliza el procedimiento administrativo y se retarda una tutela efectiva.

c.2) Constitucionales

Particularmente, estimamos que el derecho de acceso ad intra de un procedimiento administrativo está contemplado en el contenido esencial del artículo 30 de la Constitución Política, por lo que existe la posibilidad más expedita de acudir al recurso de amparo que como proceso constitucional se encuentra imbuido por los principios de urgencia, celeridad y sumariedad, así lo ha admitido la Sala Constitucional a partir de los Votos Nos. 4637-04 y 13024-05 dado el carácter insuficiente y tardío de los mecanismos legales o comunes previstos.¹⁵

d) Límites del derecho de acceso ad intra

En punto a las salvedades o excepciones del derecho de acceso ad intra, el artículo 273 LGAP, estatuye claramente que:

“1. No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.

2. Se presumirán en esta condición, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos.”

L. Participación del administrado

Este principio de los procedimientos administrativos ha asumido, progresivamente un papel preponderante y, particularmente, a partir de la reforma parcial del artículo 9° de la Constitución Política de 1949, por medio

15. Incluso la Sala Constitucional ha admitido este derecho en la fase de la investigación preliminar, así Votos Nos. No. 4636-04 y 7951-04.

de la Ley No. 8464 de 1° de julio de 2003, por virtud de la cual se dispuso que el “Gobierno de la República”, además de popular, representativo, alternativo y responsable, es “participativo”. Este principio obliga a crear canales de comunicación efectiva, cooperación y colaboración entre los poderes públicos y los administrados para lograr una adecuada, correcta y acertada gestión administrativa, suficientemente legitimada y consensuada.

En nuestro ordenamiento jurídico resultan significativas algunas leyes sectoriales que le brindan un mayor grado de participación a los administrados en los procedimientos administrativos incoados para la toma de decisiones administrativas fundamentales o, desde una perspectiva más restringida, el establecimiento e incorporación de ciertos trámites o formalidades que aseguran una mayor participación, por lo menos en simple condición de colaboradores o participantes. Tenemos así, como normas pioneras, en cuanto a la colaboración dependiente, la Ley de Licores y la Ley de Planificación Urbana. La primera en sus artículos 3 y 13 establece el remate público como procedimiento para obtener un puesto de expendio de licores al menudeo. De su parte, la Ley de Planificación Urbana (No. 4240 del 15 de noviembre de 1968 y sus reformas), establece en su artículo 17, como requisito indispensable, de previo a implantar, modificar, suspender o derogar, total o parcialmente, un plan regulador o alguno de sus componentes (v. gr. Reglamentos de zonificación, construcción, vialidad, etc.) la convocatoria a una audiencia pública por medio del Diario Oficial, con previo señalamiento del local, fecha y hora para conocer el proyecto, para que los vecinos o interesados formulen observaciones verbales o escritas. La LGAP, en su artículo 361, párrafo 2°, en lo relativo a los proyectos de reglamentos, dispone que a las “Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongán a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto”. La virtud de la norma radica en que abarca los entes representativos de intereses colectivos –corporativos y difusos–, sin embargo introduce una forma de participación dependiente, puesto que, queda librada a la discrecionalidad de la administración pública respectiva brindar o no la audiencia, tanto que puede obviarla cuando medien razones de interés público o de urgencia. Adicionalmente, se trata de una participación reducida a su mínima expresión a través de la formulación de alegatos, siendo que no

se establece la obligación del ente público de examinar y considerar el parecer y, eventualmente, de motivar las razones por las cuales se aparta de lo informado por la respectiva entidad. El párrafo 3° del artículo 361 de la LGAP dispone que “Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale”. La norma establece lo que se denomina trámite de información pública, nuevamente queda librada a la discrecionalidad administrativa determinar si el anteproyecto de reglamento es sometido a ese requisito, con lo cual prevé una participación dependiente, tampoco dispone si el respectivo órgano debe considerar las observaciones formuladas por cualquier persona y si para apartarse de éstas debe justificar o no tal proceder.

Más recientemente, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo se han incorporado normas sectoriales en procedimientos especiales que introducen una participación más plena y efectiva o de control¹⁷.

16. Así, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (No. 7472 del 20 de diciembre de 1994) en su artículo 54 establece que “Las organizaciones de consumidores están legitimadas para iniciar como parte o intervenir, en calidad de coadyuvantes, en los procedimientos ante la Comisión nacional del consumidor y ante los tribunales de justicia, en defensa de los derechos y los intereses legítimos de sus asociados (...)”. Este es el precepto de nuestro ordenamiento jurídico donde se prevé una participación de control más acabada en los procedimientos administrativos, puesto que, se le permite a esas organizaciones que representan intereses difusos participar como parte principal en todas las etapas y con todas las garantías jurídicas. La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (No. 7593 del 17 de febrero de 1997), establece en su artículo 36 la convocatoria a audiencias públicas, entre otros supuestos, para la fijación ordinaria de tarifas y precios de los servicios públicos, la formulación y revisión de normas técnicas aplicables a los servicios regulados, la formulación o revisión de los modelos de fijación de precios y tarifas, “(...) en las que podrán participar las personas que tengan interés legítimo para manifestarse (...)”. La norma es muy amplia, puesto que, no califica el tipo de interés, siendo que puede ser individual o colectivo. Finalmente, la Ley Orgánica del Ambiente (No. No. 7554 de 4 de octubre de 1995) en su artículo 6° dispone que el Estado y las municipalidades deben fomentar la participación activa y organizada de los habitantes de la República “(...) en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente”. En desarrollo de esa norma el artículo 22 de ese cuerpo legislativo le permite a las personas físicas o jurídicas –públicas o privadas- el derecho a ser oídas por la SETENA en cualquier etapa del proceso de evaluación y en la fase operativa de la obra o del proyecto, siendo que sus observaciones deben ser incluidas en el expediente y valoradas en el informe final. La Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos No. 7779 del 30 de abril de 1998, establece en su artículo 2°, inciso d), como uno de sus objetivos específicos “d) Fomentar la

IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS¹⁸

A. Administración pública

A.1. Concepto

La Ley General de la Administración Pública señala en su artículo 1º que “La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado”.

A.2. Competencia

El artículo 66, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública es sumamente explícito al indicar que “Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles”. El artículo 70 de la Ley General de la Administración Pública, dispone que «La competencia será ejercida por el titular del órgano respectivo, salvo caso de delegación, avocación, sustitución subrogación, en la condiciones y límites indicados por esta ley”.

La competencia del ente u órgano administrativo determina la validez de su conducta externa, al respecto el artículo 129 de la Ley General de la

participación activa de las comunidades y los productores, en la generación de las decisiones sobre el manejo y conservación de los suelos”. El artículo 37 de esta ley sectorial dispone la “metodología participativa” para elaborar y ejecutar los planes de manejo, conservación y recuperación de suelos, debiendo incluirse “(...) como mínimo, una audiencia en los centros de mayor población de las comunidades incluidas en el área, a esta audiencia el Ministerio de Agricultura y Ganadería deberá darle suficiente publicidad. A las audiencias podrán asistir las personas, agricultores o no, que habiten en el área donde se esté elaborando el plan o tengan interés en ella”. El ordinal 39, inciso b), del cuerpo legal citado dispone que uno de los objetivos básicos de la audiencia pública lo constituye “b) Escuchar y retomar la opinión de los interesados para lograr consenso sobre las medidas y prácticas de manejo, conservación y recuperación de suelos por definirse en el plan del área”. La Ley de Biodiversidad (No. 7788 del 30 de abril de 1998), en su artículo 10º, inciso 2º, señala como uno de sus objetivos “Promover la participación activa de todos los sectores sociales en la conservación y el uso ecológicamente sostenible de la biodiversidad, para procurar la sostenibilidad social, económica y cultural”. El artículo 95 de ese texto legal también prevé la posibilidad que la Secretaría Técnica Nacional Ambiental realice audiencias públicas de información y análisis sobre el proyecto que se trate y su impacto, cuando lo estime necesario.

17. V. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo-, pp. 171-291.

Administración Pública estatuye que “El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia”.

A.3. Criterios de atribución de la competencia

El artículo 60, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública dispone que la competencia se limitará por razón del territorio, tiempo, materia y grado.

En lo relativo a la competencia por razón del tiempo, la Ley General de la Administración Pública, dispone en su artículo 63, párrafo 1°, que «Habrà limitación de la competencia por razón del tiempo cuando su existencia o ejercicio esté sujeto a condiciones o términos de extinción.». Adicionalmente, el ordinal 66, párrafo 3°, *ibidem* estima que «El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes.». El artículo 63, párrafo 2°, *ibidem* se encarga de establecer la regla general en el sentido de que las competencias no se extinguen por el transcurso del plazo señalado para ejercerlas, salvo norma expresa en contrario. Esa regla es confirmada por los artículos 127 y 329, párrafo 1°, *ibidem* que le imponen a la Administración Pública el deber de resolver, siempre, expresamente aún después de vencidos los plazos establecidos.

En punto a la competencia por razón del grado, el artículo 64, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública estatuye que «La competencia por razón del grado y los poderes correspondientes dependerán de la posición del órgano en la línea jerárquica».

A.4. Conflictos de competencia

Los ordinales 71-82 contienen un regulación prolija de los conflictos positivos y negativos de competencia, sea dentro de una misma cartera ministerial o ente público (artículos 73-75), entre distintos ministerios (artículos 76-77), entre el Estado y los entes descentralizados o entre éstos (artículos 78-79) y los planteados por la propia parte interesada (artículos 81-82).

A.5. Distinción entre órgano director y decisor

Dado el carácter predominantemente escrito del procedimiento administrativo y el imperio del principio de la mediación, se produce una diferencia entre el órgano director encargado de instruir, tramitar y ordenar el procedimiento, conformar el expediente administrativo y de emitir una recomendación (artículos 221, 227, 230, 248, 249, 258, 265, 267, 270, 282, 300, 301, 304, 313, 314, 315, 316, 318, 323, 326, 332, 333, 345, 349 y 352 LGAP) y el órgano decisor, que es el competente para tomar el acto final y resolver los recursos procedentes contra éste. El artículo 60, párrafo 2º, de la LGAP dispone que la competencia podrá estar limitada “(...) por la naturaleza de la función que corresponda a un órgano dentro del procedimiento administrativo en que participa”, texto normativo a partir del cual se vislumbra la diferencia entre las competencias de instrucción y de decisión.

A.6. Abstención y recusación

La LGAP protege el principio de objetividad, puesto que, las causales de abstención incluyen las que, tradicionalmente, se han denominado en el derecho procesal como de impedimento y de recusación (artículo 230, párrafo 1º, de la LGAP). La parte interesada que resulta perjudicada con una causal puede invocar no solo las que son causales de recusación sino también las de impedimento (artículo 236, párrafo 1º, de la LGAP). De modo que si el funcionario público no se abstiene o inhibe queda la posibilidad de que la parte interesada lo recuse y, aún más, los artículos 237, párrafo 3º, y 238, párrafo 3º, de la LGAP le imponen, respectivamente, al órgano superior y de alzada separar a los funcionarios que les asista una causal de abstención capaz de provocar una nulidad absoluta y revisar de oficio los motivos de abstención que provoquen una nulidad absoluta.

Los motivos o causales de abstención se aplican tanto al órgano director o instructor, decisor, de alzada y, como señala la LGAP en su artículo 230, párrafo 2º, “(...) a las demás autoridades o funcionarios que intervenga auxiliándolos o asesorándolos en el procedimiento”. Tratándose de órganos colegiados, la causal que afecta a uno de sus miembros no se trasmite o extiende al resto, salvo casos calificados (artículo 230, párrafo 3º, LGAP).

De acuerdo con el artículo 230, párrafo 2º, LGAP los motivos de recusación se aplican al órgano director, decisor, de alzada y demás autori-

dades o funcionarios que intervienen auxiliándolos o asesorándolos en el procedimiento administrativo. La única diferencia con la abstención es que, por disposición expresa de la ley, no procede la recusación del Presidente de la República (artículo 236, párrafo 5°, de la LGAP).

A.7. Representación y defensa

El artículo 282, párrafo 3°, LGAP dispone que “La administración directora del procedimiento estará representada por el respectivo órgano director”.

Por su parte el párrafo 4° de ese mismo numeral indica que “Cuando sea parte la administración actuará por sus representantes de conformidad con el derecho público que la rige”, para lo cual habrá que estarse a lo que establezca la Constitución o la ley de creación o constitución del ente descentralizado y, de forma general, a lo estatuido en el artículo 103, párrafos 1° y 2°, de la LGAP al indicar, respectivamente, que al jerarca o superior jerárquico supremo le corresponderá la representación extrajudicial de la administración pública de su ramo y que cuando existe, junto a un órgano deliberante, un gerente o funcionario ejecutivo éste tendrá la representación del ente o servicio.

B. Administrado interesado

B.1. Principal y accesorio

El artículo 275 de la LGAP dispone que “Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga un interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final (...)”. El artículo 276 de la LGAP dispone que “Será coadyuvante todo el que esté indirectamente interesado en el acto final, o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la que coadyuva”.

B.2. Capacidad para ser parte y capacidad procedimental

La LGAP, en su artículo 282, párrafo 1°, indica que se regirán por el derecho común.

B.3. Representación y defensa

El artículo 220 de la LGAP dispone, en su primera parte, que “El derecho de defensa deberá ser ejercido por el administrado en forma razonable. La Administración podrá excepcionalmente limitar su intervención a lo prudentemente necesario (...)”, con lo cual se excluye un uso desproporcionado y abusivo de la misma. Sólo por vía de excepción y en caso extremo (artículo 220 LGAP), la administración pública puede exigirle al administrado interesado patrocinio letrado o representación de un abogado “(...) sin llegar a la supresión de los derechos de audiencia y defensa (...)”. Es evidente que tal obligación la puede hacer cumplir la administración pública cuando se trata de asuntos con un grado de complejidad y dificultad en los que no es esperable o concebible que la petición o reclamación tenga posibilidades de éxito sin asistencia técnica profesional, ponderación en la que el órgano o ente público debe respetar y observar los deberes de la buena fe, corrección y lealtad, para evitar que más bien se produzca un fracaso anticipado de las gestiones del administrado interesado.

Cuando el interesado decide, libremente, contar con patrocinio letrado o se le obliga a contar con defensa técnica, el párrafo 2º del artículo 282 de la LGAP establece que se regirá por el derecho común, de modo que se aplican las normas del Código Civil relativas al mandato y los tipos de poderes (artículos 1251 a 1294), siendo que, usualmente, se otorga un poder especial para atender las diversas instancias del respectivo procedimiento administrativo.

En cuanto a la forma de otorgar el poder y de acreditarlo el artículo 283 de la LGAP, en consonancia con el principio del informalismo en favor del administrado, dispone “El poder del administrado podrá constituirse por los medios del derechos común –escritura pública o privada y aún de palabra, según los dispone el artículo 1251 del CC– y, además, por la simple carta autenticada por un abogado, que podrá ser el mismo apoderado, o por la autoridad de policía del lugar de otorgamiento”.

C. Lugar

El procedimiento administrativo debe verificarse en la sede o asiento ordinario del órgano competente, al respecto el artículo 268, párrafo 1º,

de la LGAP dispone que “La actuación administrativa deberá tener lugar en la sede normal del órgano y dentro de los límites territoriales de su competencia, so pena de nulidad absoluta del acto, salvo que éste, por su naturaleza deba realizarse fuera de sede”.

D. Tiempo

La LGAP contiene una serie de normas de carácter general sobre el tiempo del procedimiento administrativo, así el artículo 255 indica que “Los términos y plazos del procedimiento administrativo obligan tanto a la Administración como a los administrados, en lo que respectivamente concierne”, se les confiere, así, un carácter ordenatorio.

En lo relativo al cómputo, el artículo 256 de la LGAP establece cuatro reglas que son las siguientes:

- a) Los plazos por días para la administración pública incluyen los inhábiles, lo que obliga a los órganos administrativos a una tramitación célere, eficiente y eficaz del procedimiento administrativo, así como un control estricto de fechas para evitar cualquier dilación indebida.
- b) En el caso de los administrados, los plazos por días incluye sólo los hábiles. Distinto será el cómputo de un plazo en meses, por cuanto lo será de fecha a fecha, aunque la expiración se produzca en día inhábil, puesto que, la norma fue concebida para los plazos por días, dada la relación existente entre los párrafos 1º y 2º, del artículo 256 de la LGAP.
- c) Los plazos se empezarán a computar a partir del día siguiente a la última comunicación –a las partes interesadas– o del acto impugnado, en caso de recurso.
- d) En el caso de publicaciones la fecha inicial será la de la última publicación, excepto cuando se indique otra posterior.

El artículo 257 preceptúa que el plazo se tendrá por vencido si antes de su expiración se cumplen todos los actos para los que estaba destinado, la norma resulta congruente con los principios generales de celeridad, eficacia, eficiencia e impulsión de oficio, puesto que, no tiene sentido observarlo si ya se ejecutaron todas las actuaciones pertinentes, en cuyo caso el órgano director debe continuar con la prosecución del procedimiento administrativo.

En lo relativo a los tiempos para concluir el procedimiento y resolver los recursos, el artículo 261 de la LGAP, preceptúa lo siguiente:

“1. El procedimiento administrativo deberá concluirse por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación o, en su caso, posteriores a la presentación de la demanda o petición del administrado, salvo disposición en contrario de esta ley.

2. Para tramitar la fase de revisión por recurso ordinario contra el acto definitivo habrá el término de un mes contado a partir de la presentación del mismo (...)”.

Esta norma establece el tiempo del procedimiento ordinario –2 meses–, puesto que, para el sumario existe norma expresa en contrario que es el artículo 325 de la LGAP que establece el plazo de un mes, probablemente, por su menor complejidad y dificultad para resolverlo y en atención al recorte de trámites esenciales –v. gr. ausencia de comparecencia oral y privada–. Naturalmente, tratándose de procedimientos especiales, por razón de la materia, pueden existir excepciones a la regla del ordinal 261 de la LGAP.

El artículo 262 LGAP, establece plazos específicos para los actos de mero trámite (3 días), la práctica de notificaciones (3 días), la emisión de dictámenes, peritajes e informes técnicos (10 días después de solicitados) y los meros informes administrativos no técnicos (3 días después de requeridos).

Se prevé, también, la prórroga (artículo 258, párrafo 1º, LGAP), la suspensión por fuerza mayor (artículo 259, párrafo 1º, LGAP), la interrupción (artículo 260, párrafo 1º, LGAP) y la reducción o anticipación (artículo 265, párrafo 1º, LGAP) de los plazos.

V. INICIO DEL PROCEDIMIENTO¹⁸

A. Regla general

La LGAP en su artículo 284 señala que “El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte, o sólo a instancia de parte cuando así expresa o inequívocamente lo disponga la ley”.

B. Inicio de oficio

El artículo 345, párrafo 1º, LGAP admite la impugnación del acto de trámite de inicio del procedimiento ordinario, aunque no tiene efectos jurídicos propios (suspensión indefinida del procedimiento, imposibilidad de continuarlo o terminarlo de manera directa o indirecta según la regla sentada en los numerales 345, p. 3º y 18, p. 1º, LGAP). La posibilidad de su impugnación se justifica cuando el traslado de cargos o la imputación no resulta clara, precisa y circunstanciada o bien cuando se dispone, ex officio, una medida cautelar (artículo 332 LGAP).

El acto de inicio de oficio del procedimiento debe emanar del órgano competente, sea por iniciativa propia, la orden de un superior o denuncia.

Puede ser que, en la práctica, ese acto esté precedido por lo que se denomina como “investigación preliminar” etapa previa a un procedimiento que ha sido admitida por la doctrina,¹⁹ los pronunciamientos administrativos,²⁰ la jurisprudencia constitucional²¹ y alguna legislación sectorial²² pese a no encontrarse expresamente regulada en la LGAP, con la finalidad de (a) determinar si existe mérito suficiente para abrir un procedimiento,

18. V. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo-, pp. 293-328.

19. V. JINESTA LOBO (Ernesto), La investigación preliminar en el procedimiento administrativo. IVSTITIA, año 21, Nos. 245-246, mayo-junio 2007, pp. 5-11.

20. Dictámenes de la Procuraduría General de la República –órgano superior técnico consultivo de las administraciones públicas- Nos. C-006-96 y C-082-2005.

21. Votos de la Sala Constitucional Nos. 8841-2001 y 9125-2003.

22. Artículos 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República No. 7428 de 7 de septiembre de 1994, 35, p. 1º, Ley General de Control Interno No. 8292 de 31 de julio de 2002.

(b) identificar los presuntos responsables –tratándose de una falta anónima– y (c) recabar elementos de juicio para el traslado de cargos o intimación. Las dudas que surgen en esta etapa preparatoria, son los derechos del sujeto que es objeto de investigación,²³ su carácter reservado²⁴ y si las diligencias practicadas se pueden incorporar al expediente administrativo que se abra con posterioridad.²⁵

C. Inicio a instancia de parte

El artículo 288, párrafo 1º, de la LGAP establece que “La petición deberá presentarse al órgano competente o a cualquier otro subordinado (...)”. En caso de incompetencia relativa por haberse planteado ante un órgano incompetente pero del mismo ente público al que le corresponde ejercer la competencia, la LGAP dispone que el órgano podrá declararse incompetente de oficio en cualquier momento (artículo 67, párrafo 1º), debiendo remitir directamente las actuaciones al que considere competente (artículo 73, párrafo 1º). El órgano que, en definitiva, resulte competente debe continuar el procedimiento y mantener lo actuado por el órgano incompetente cuando sea jurídicamente posible (artículo 67, párrafo 2º), dado que, este último está habilitado para adoptar las medidas de urgencia

23. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en una línea jurisprudencial que arranca con el Voto No. 598-95 -reiterada en múltiples ocasiones- sostiene que el investigado no es, en sentido estricto, parte interesada por lo que el debido proceso, el contradictorio y la bilateralidad de la audiencia se garantizan en el procedimiento que se inicie con posterioridad. A partir del Voto No. 14516-2004 –reiterado en infinidad de sentencias ulteriores- hay voto disidente de los Magistrados Jinesta y Armijo en el sentido de reconocerle al investigado los derechos de conocer los hechos que son objeto de investigación, acceder al expediente –único derecho que ha reconocido la mayoría del Tribunal-, formular alegatos y aportar elementos de prueba, todo por razones de economía procedimental para evitar la apertura de un procedimiento inútil.

24. Así lo establecen ciertas leyes sectoriales como los artículos 8, p. 2º, de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública No. 8422 de 6 de octubre de 2004, 6, p. 2º, 32, incisos e) y f), 34, inciso e), Ley General de Control Interno No. 8292 de 31 de julio de 2002.

25. Dado que la mayoría de la Sala Constitucional estima que durante la investigación preliminar el investigado no goza de debido proceso, contradictorio y bilateralidad de la audiencia, ha estimado que tales pruebas no se pueden incorporar válidamente al procedimiento, así Votos de la Sala Constitucional Nos. 8841-2001 y 9125-2003.

necesarias para evitar daños graves o irreparables a la administración pública o a los particulares (artículo 69 *ibidem*). Por último, el artículo 292, párrafo 1º, de la LGAP dispone que “Toda petición o reclamación mal interpuesta podrá ser tramitada de oficio por la autoridad correspondiente”.

Nótese, incluso, que la LGAP es sumamente flexible en cuanto admite la incompetencia relativa, por razón de la materia, al disponer su artículo 68 que “Cuando la incompetencia sea declarada en relación con una petición o instancia sujeta a término, se tendrá ésta por presentada en tiempo si el órgano competente pertenece al mismo Ministerio, tratándose del Estado, o al mismo ente, tratándose de entidades descentralizadas”. Esta norma de naturaleza adjetiva o formal tiene especial importancia, puesto que, constituye una aplicación específica del principio del informalismo en favor del administrado que nutre el procedimiento administrativo, consagrado genéricamente en el artículo 224 LGAP.

El artículo 285, párrafo 1º, hace un elenco del contenido de la petición al indicar lo siguiente:

- a) Indicación de la oficina a que se dirige;
- b) Nombre y apellidos, residencia y lugar para notificaciones de la parte y de quien la representa;
- c) La pretensión, con indicación de los daños y perjuicios que se reclaman, y de su estimación, origen y naturaleza;
- d) Los motivos o fundamentos de hecho; y
- e) Fecha y firma”

Para el legislador lo indicado en los incisos b) –identidad del petente y lugar o medio para recibir notificaciones– y c) –objeto del procedimiento o *petitium*– son imprescindibles, de modo que el párrafo 2º del numeral citado, sanciona con el rechazo y archivo obligatorio de la petición su omisión, salvo que pueden inferirse, claramente, de otras partes del escrito o de los documentos que se adjuntan. En el caso de la ausencia de firma, el párrafo 3º establece que produce, inevitablemente, su rechazo y archivo.

El artículo 287, párrafo 1º, de la LGAP preceptúa que el resto de los requisitos del artículo 285, párrafo 1º, se podrán subsanar o corregir en un plazo que debe conceder la administración pública no mayor de 10 días.

El artículo 288 LGAP preceptúa que la petición debe ser planteada por escrito en la sede natural del órgano competente en la unidad de recepción de documentos, debiendo dejar en una copia razón y fecha de recibido. En cuanto a la forma, ese ordinal, admite su presentación por telegrama o carta certificada, la LGAP, por su contexto histórico, no se refiere a la presentación por fax o correo electrónico, posibilidad que se ha admitido si el órgano administrativo cuenta con tales posibilidades tecnológicas.

El artículo 292, párrafo 3º, de la LGAP dispone que “La Administración rechazará de plano las peticiones que fueren extemporáneas, impertinentes, o evidentemente improcedentes (...)” La Sala Constitucional ha aclarado la norma indicando que el funcionario de ventanilla no puede rechazar ad portas una gestión.²⁶

VI. MEDIDAS CAUTELARES²⁷

La Sala Constitucional ha señalado que la tutela cautelar flexible y expedita en el procedimiento administrativo es un componente esencial del derecho fundamental a un procedimiento pronto y cumplido –artículo 41 constitucional– (Voto No. 8874-2004).

La LGAP contempla la medida cautelar negativa típica al regular la suspensión de la ejecución del acto administrativo en la fase recursiva (artículo 148). Por su parte, los numerales 69 y 332, admiten las medidas cautelares positivas y atípicas al habilitar al órgano director del procedimiento para “adoptar las medidas de urgencia necesarias para evitar daños graves o irreparables a la Administración o a los particulares” o “Si razones de necesidad o conveniencia evidente exigen que el procedimiento sea decidido antes de estar listo para el acto final (...) podrá adoptar una decisión provisional de oficio o a instancia de parte (...)”

26. Voto No. 10510-2005 reiterado en múltiples posteriores.

27. V. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo-, pp. 329-359.

La doctrina²⁸ ha admitido, por virtud de la cláusula supletoria general del artículo 229, p. 2º, LGAP la aplicación de las medidas cautelares previstas en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo²⁹ –Ley No. 8508 de 24 de abril de 2006, entrado en vigencia el 1º de enero de 2008– tales como las “inaudita altera parte” (artículo 25 CPCA), las “ante causam” (artículo 26 CPCA) y las provisionalísimas (23 CPCA).

VII. ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO³⁰

En cuanto a los actos de tramitación e impulsión del procedimiento, el artículo 225 LGAP, exige el máximo de celeridad y responsabiliza al órgano director por “cualquier retardo grave e injustificado”. De su parte, el artículo 296, p. 1º, dispone que “En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de presentación”, siendo que la infracción de este precepto es sancionada con “responsabilidad del funcionario que la hubiere cometido” (artículo 296, párrafo 2º, *ibidem*).

En lo relativo a las comunicaciones, el artículo 239 de la LGAP señala que “Todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado de conformidad con esta ley”. El numeral 334 *ibidem*, establece que la debida comunicación del acto final al administrado es requisito de eficacia para que le sea oponible, por lo que a partir de ese momento debe cumplirlo y corren los plazos para ejercer la defensa a través de la interposición de los recursos –tratándose del acto final–. El ordinal 336 *ibidem* dispone que “Son aplicables a la comunicación del acto final, en lo procedente, las

28. *op. ult. cit.*, pp. 335-340.

29. Sobre el nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo V. JINESTA LOBO (Ernesto), *La nueva Justicia Administrativa en Costa Rica*, Madrid, *Revista de Administración Pública –RAP–*, No. 179, mayo-agosto 2009, pp. 413-435; JINESTA LOBO (Ernesto), *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*, San José, IUSconsultec S.A. Editorial Jurídica Continental, 1ª. Reimpresión 1ª. Edición, 2009, in totum y JINESTA LOBO (Ernesto) et al., *El Nuevo proceso contencioso-administrativo*, San José, Publicaciones del Poder Judicial, 2006, in totum.

30. V. JINESTA LOBO (E.), *Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo–*, pp. 361-377.

mismas normas que rigen la comunicación de los actos de procedimiento, previos o posteriores a aquél”.

La LGAP prevé dos formas de comunicación (artículos 240-244) la publicación de los actos generales que no puede suplir la notificación salvo hipótesis excepcionales (se ignore o esté equivocado el lugar para recibir notificaciones o la primera comunicación en un procedimiento si no consta en el expediente alguna dirección) y la notificación de los actos que afecten, particularmente, a una persona cuyo lugar para recibir notificaciones este señalado o sea conocido.

En aplicación del informalismo en favor del administrado la notificación “contendrá el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, del órgano que los resolverá y de aquél ante el cual deben interponerse y el plazo para interponerlos” (artículo 245 LGAP).³¹

El artículo 248, p. 1º, LGAP habilita al órgano director del procedimiento para “(...) citar a las partes o a cualquier tercero para que declare o realice cualquier acto necesario para el desenvolvimiento normal del procedimiento o para su decisión final”. El párrafo 2º de ese mismo artículo dispone que “El citado podrá hacerse venir por la fuerza pública, si no compareciere a la primera citación”.³² Los numerales 248, 250 y 251 regulan, respectivamente, lo relativo a los requisitos formales, oportunidad y forma de la citación.

VIII. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO³³

En esta etapa se realizan todos los actos dirigidos a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos fácticos y jurídicos para darle

31. La ausencia de tal requisito es susceptible de ser alegada en el recurso de amparo por quebranto del debido proceso y la defensa, así, entre otros, Votos de la Sala Constitucional Nos. 4632-2003, 17833-2005, 16602-2006 y 16603-2006.

32. Esta posibilidad coactiva, según los Votos de la Sala Constitucional Nos. 126-96 y 179-96, rige, únicamente, para los testigos y terceros y no para las partes interesadas.

33. V. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo-, pp. 379-439.

fundamento a la resolución final. Incluimos en tal fase las alegaciones, los informes, el trámite de audiencia o información pública y las pruebas.

Los artículos 217, 309, p. 1°, 317 y 324 LGAP habilitan a las partes interesadas para formular alegatos y conclusiones sobre los fundamentos fácticos, jurídicos y la prueba producida.

El artículo 303 LGAP le concede a los dictámenes carácter facultativo y no vinculante, salvo texto expreso en contrario.

Los ordinales 361-363 prevén el trámite de audiencia (a entes públicos descentralizados o representativos de intereses generales o corporativos) e información pública (a todos los habitantes) en la elaboración de reglamentos.

Tocante a los medios de prueba, los artículos 221 y 297, p. 1°, habilitan al órgano director para adoptar las medidas probatorias pertinentes y necesarias de oficio o a petición de parte. El artículo 298, párrafo 1°, de la LGAP señala que “Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común”. El artículo 298, párrafo 2°, de la LGAP establece la regla general en materia de la apreciación de la prueba al indicar que “Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica”. Como se ve, la LGAP opta por un sistema mixto, puesto que enuncia como regla general el principio de libre valoración de la prueba –según las reglas de la sana crítica–, pero admite excepciones propias del sistema legal o tasado, entendemos para aquellos medios de prueba admitidos por el derecho común (v. gr. documentos públicos y confesión).

Finalmente, los artículos 218, 309, p. 1° y 317, p. 1°, LGAP prevén para las partes, en el procedimiento administrativo ordinario, una “comparecencia oral y privada (...) en que se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves” para garantizar el contradictorio, el debido proceso y la defensa. El artículo 219, p. 3°, LGAP sanciona la omisión de la audiencia, por la indefensión causada, con la nulidad de todo lo actuado. Tal audiencia tendrá lugar, normalmente, en la sede del órgano director, salvo que se requiera un reconocimiento o evacuar prueba pericial en el lugar de los hechos (artículo 318, p. 1°, LGAP). Se admite por razones de concentración, como regla general, una única audiencia y, excepcionalmente, una segunda cuando el

asunto no esté listo para su decisión final o diligencias pendientes así lo requieran (artículo 309 LGAP).

IX. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO³⁴

El procedimiento finaliza, normalmente, con la emisión del acto final (artículo 327 LGAP) o bien, anormalmente, por renuncia del derecho (artículo 337, p. 2º), desistimiento (artículo 337, p. 1º), convencionalmente, por caducidad (artículo 340), por silencio negativo (artículo 261) o positivo (artículo 330).

X. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS³⁵

Debe señalarse que la Sala Constitucional en el Voto No. 3669-2006 de 15 hrs. de 15 de marzo, declaró inconstitucional el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, salvo para las hipótesis excepcionales en que la Constitución lo prevé (jerarquías impropias en materia municipal y de contratación administrativa), por estimar que era un privilegio injustificado de los entes públicos que infringía el principio de igualdad (artículo 33 constitucional) y los derechos fundamentales de acceso a la jurisdicción, justicia pronta y cumplida (artículo 41 constitucional) y de control

34. V. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo-, pp. 441-467.

35. V. JINESTA LOBO (E.), Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: La necesidad de su carácter facultativo. *El Derecho Público en Iberoamérica* (Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo), Bogotá, Editorial Temis y Universidad de Medellín, Tomo II, 2010, pp. 421-438. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III, Procedimiento Administrativo-, pp. 469-534. JINESTA LOBO (Ernesto), El agotamiento de la vía administrativa y los recursos administrativos. *IVSTITIA*, Nos. 169-170, enero-febrero 2001, pp. 24-27.

de la función administrativa (artículo 49 constitucional).³⁶ El nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo, por su parte, estableció la regla del agotamiento facultativo (artículo 31, p. 1° CPCA), pese a que los párrafos 3°, 4° y 5° de ese numeral flexibilizan la regla con lo que hemos denominado un “cuasi-agotamiento”³⁸.

La LGAP prevé a favor de las partes interesadas los recursos ordinarios de revocatoria, apelación³⁹ y de reconsideración –cuando quién resuelve es el superior jerárquico supremo o jerarca– (artículos 343 y 344), tanto contra actos de mero trámite o incidentales –con efectos jurídicos propios en cuanto suspenden indefinidamente o hacen imposible la continuación del procedimiento– como el acto final (artículos 342 y 345, p. 3°). Dentro de su régimen común, destaca el plazo para interponerlos (3 días tratándose del acto final y 24 horas para los de trámite, artículo 346), su uso potestativo (artículo 347, p. 2°), por aplicación del informalismo en favor del administrado, no requieren de una redacción o una pretensión especial, bastando que de su texto se infiera, claramente, la petición de revisión (artículo 348), una única instancia de alzada (artículo 350, p. 1°) y la posibilidad de resolver la apelación en perjuicio cuando se trate de una nulidad absoluta (artículo 351, p. 2°).

El ordinal 353 LGAP, prevé el recurso extraordinario de revisión, bajo las causales excepcionales y tasadas que ahí se establecen.

36. V. JINESTA LOBO (Ernesto), Consecuencias de la inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa. Comentario al Voto No. 3669-06 de la Sala Constitucional, Revista IVSTITIA, Nos. 232-233, abril-mayo, 2006, pp. 4-21.

37. V. JINESTA LOBO (E.), Manual del proceso contencioso-administrativo, pp. 112-116 y Nuevo proceso contencioso-administrativo, pp. 126-129.

38. El artículo 181 LGAP prevé, también, la jerarquía impropia o ex lege, siendo que diversas leyes sectoriales prevén una jerarquía impropia monofásica –que resuelve un órgano adscrito a la administración- o bifásica –en la que resuelve un Tribunal jurisdiccional ejerciendo, materialmente, una función administrativa, ésta ha sido cuestionada por la Sala Constitucional en los supuestos en que no tiene sustento constitucional, como la materia municipal o de contratación administrativa, en el Voto No. 6866-2005. V. JINESTA LOBO (E.), Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III Procedimiento Administrativo-, pp. 514-531.



Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México

*Por Carla Huerta**

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

1. Estado de Derecho principio rector de la actuación administrativa

Desde la perspectiva jurídica, la fundación del Estado mexicano en el siglo XIX tiene como objetivo el Estado de Derecho, actualmente se considera que éste se funda en tres supuestos básicos: la supremacía constitucional, la distribución de funciones y los derechos fundamentales. De ellos se derivan dos grandes principios rectores de la actuación administrativa: el de competencia y de sujeción a la ley. La supremacía constitucional supone la existencia de un sistema jurídico organizado jerárquicamente en cuya cúspide se encuentra la Constitución que determina la validez de las normas y actos jurídicos. Esta supremacía se sustenta en un sistema de control de la constitucionalidad que no solamente verifica la conformidad de las leyes a la Norma Suprema, sino también la de los actos administrativos.

El segundo supuesto deriva de la teoría clásica de la división de poderes y pretende lograr el equilibrio y balance del ejercicio del poder mediante la repartición de funciones entre los órganos del Estado. Esto im-

* Profesora investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctorado en derecho administrativo especial en la Universidad Autónoma de Madrid. Maestría en Derecho Constitucional, Derecho de la Comunidad Económica Europea y Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Especialidad en Amparo, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Iberoamericana, y Licenciatura en derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

plica una distribución funcional controlable por medios jurídicos a efectos de impedir la invasión de esferas competenciales o la realización de actos de autoridad en ausencia o exceso de facultades. La estricta separación de poderes tal como fue regulada en el siglo XIX en México limitó el desarrollo de una jurisdicción administrativa autónoma al ser concebida en su sentido formal u orgánico.

Tanto la Constitución de Cádiz promulgada el 19 de marzo de 1812 como la de Apatzingán¹ en su artículo 12, establecían la división del poder. La primera, adopta como forma de gobierno la monarquía moderada hereditaria, la cual regula de manera específica, mientras que la segunda no establece expresamente la forma de gobierno. La forma de gobierno federal aparece posteriormente vinculada a las ideas liberales de la secularización del poder, la unidad de jurisdicción y el régimen de libertades. La propuesta de dividir el poder entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial es constante, aunque se ensayan diversos modelos. La división del poder tiene otro aspecto, el territorial entre la Federación y los estados. Cabe mencionar que en los antecedentes jurídico-políticos de la Independencia de México, la Constitución de Apatzingán concibe la soberanía como la facultad de dictar leyes y establecer la forma de gobierno más conveniente a los intereses de la Nación, mientras que en los “Sentimientos de la Nación”² se considera en el artículo 5° que “la Soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en sus representantes.”

En materia de derechos fundamentales, resulta más vanguardista la Constitución de Apatzingán que la de Cádiz y proclama los valores liberales al proteger la igualdad, seguridad, propiedad y libertad, aunque los derechos solamente los atribuye a los ciudadanos. El factor a destacar es que el Estado garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales y regula medios de protección de la autonomía de las personas. En la Constitución de 1824 se previó un sistema de control para la tutela de las normas constitucionales conformado por dos instituciones, una atribuida al Congreso Federal (artículo 38, 4), y la competencia de la Suprema Corte Federal

1. Formalmente promulgada como “Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana el 22 de octubre de 1814.

2. Expedidos por Morelos el 14 de septiembre de 1814.

“para decidir de las infracciones de la Constitución y leyes federales” (artículo 137, 5. 6). En 1836, las Siete Leyes Constitucionales crean el “Supremo Poder Conservador” como medio de control político para proteger las normas constitucionales y las garantías individuales. El juicio de amparo como sistema de defensa actualmente en vigor es resultado de una larga evolución que tiene sus orígenes en la Constitución de Yucatán de 1841, y a nivel nacional en el Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847 y la Constitución de 1857.³

El Estado de Derecho, que como se puede percibir se desarrolló en México de manera paulatina, se integra por los principios de legalidad, competencia y seguridad jurídica, los cuales se encuentran vinculados estrechamente y se configuran como los principios rectores y límites de la acción administrativa, así como en garantía de la esfera de los derechos de los particulares. Por lo que la actuación de la autoridad en un Estado de Derecho se rige por el principio de legalidad, cuyo efecto primordial es la actuación de la autoridad conforme al sistema jurídico, y la atribución explícita de facultades que legitiman y limitan sus acciones.

El proyecto liberal pretendía poner fin a las bases en que se había sustentado el antiguo régimen, terminando con la influencia política y económica de la Iglesia en aras de la libertad individual y de conciencia. Para transitar hacia el Estado de Derecho debían admitirse como parte de los fundamentos de la administración de justicia, tanto el principio de seguridad jurídica, como el de igualdad ante la ley. De modo que la motivación de la sentencia se convierte en postulado básico para la garantía de los derechos del hombre. La invocación a la ley, es requisito indispensable para transitar hacia el Estado de Derecho, con lo cual se establece el requisito de legalidad de fundamentar las decisiones.

El principio de división de poderes se realiza por lo tanto, en virtud de la distribución de competencias determinadas en el orden jurídico, las autoridades adquieren así, facultades expresas para ejercer el poder público con lo cual se delimita su esfera competencial. La función administrati-

3. Sobre los antecedentes del amparo *vid* FIX ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El derecho de amparo en México”, en *El derecho de amparo en el mundo*, FIX ZAMUDIO y FERRER MAC-GREGOR coords. Porrúa, México, 2006, pp. 461- 466.

va es la actividad que realiza el Estado a través de los órganos del poder Ejecutivo, que consiste en la ejecución de actos materiales o que determina situaciones jurídicas individuales. La función legislativa es la potestad de crear normas de carácter general, mientras que la ejecutiva o administrativa crea normas individualizadas.

La Administración Pública es la entidad que coordina y administra los recursos del Estado para lograr determinados objetivos, sus elementos característicos son la organización, la coordinación, la finalidad, el objetivo, los métodos, la planeación, el control y la evaluación. Son servidores públicos los titulares de un órgano del Estado, así como los sujetos que realizan funciones de su competencia. Su actuación se rige conforme al principio de legalidad, la correcta aplicación de la ley en base al interés público y la adecuación a la Constitución y a ley. El incumplimiento de estas obligaciones da lugar al procedimiento de responsabilidad y a las sanciones que correspondan. Excederse en el ejercicio de sus facultades también es causa de responsabilidad administrativa. Los actos administrativos irregulares pueden ser declarados nulos cuando la irregularidad radica en la forma o su omisión, y ésta es considerada por la ley como garantía para los particulares de la corrección de las decisiones administrativas.

2. Antecedentes históricos

La estructura y operación de la Administración Pública en México tienen sus orígenes en el derecho colonial español, no obstante, sus características propias surgen a partir de la Independencia de México. El proceso de emancipación política puede ser concebido como una transición jurídica en sentido restringido, esto es, como resultado de una gran reforma pactada en relación con el cambio de la forma de Estado o de gobierno, con la que el pueblo y los órganos de poder están conformes, o mayormente de acuerdo. Estos procesos a pesar de su carácter preponderantemente político se verifican en el ámbito jurídico mediante la expedición de normas de diversos rangos por las autoridades competentes.⁴ La principal manifestación de este

4. "Constitución, transición y ruptura" en *Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pp. 44-49.

proceso es el otorgamiento de una nueva Constitución, lo cual produce un cambio de sistema jurídico. Es a partir de este momento que se puede hablar de un derecho mexicano en sentido estricto.

El siglo XIX dista de ser pacífico y a partir de 1821 se intentan diversas formas de gobierno que tienen como hilo conductor de su diseño institucional los principios fundamentales del Estado de Derecho. A pesar de los altibajos sufridos como consecuencia de las divergencias entre los proyectos liberal y conservador se considera que el sistema jurídico mexicano se consolida en 1857. Es la Constitución otorgada el 5 de febrero de ese año, misma que prevé un capítulo de derechos fundamentales, la que regula la estructura del actual Estado mexicano. Esta Constitución marca el final del proceso cuyo objetivo era formar un país independiente conforme a los postulados del Estado de Derecho y desarrollar un sistema jurídico-político integrado por normas creadas conforme al texto de la Constitución.

No obstante, la primera década del siglo XX estuvo presidida por protestas obreras y levantamientos campesinos que llevan a una serie de movimientos que se conocen como la Revolución Mexicana. Al restablecerse el orden se plantean “nuevos comienzos” en el Congreso Constituyente, lo que se refería a la evolución de las instituciones, especialmente en los aspectos sociales (educación, propiedad y trabajo). En el texto constitucional sin embargo, se conservaron prácticamente sin modificación, los postulados del Estado de Derecho: la división del poder y los derechos fundamentales. Así finalmente el modelo de Estado de Derecho sustentado en las propuestas ideológicas del movimiento constitucionalista del siglo XIX queda plasmado en la Constitución de 1917, vigente en la actualidad.

Por lo que se refiere a la justicia administrativa, cabe mencionar que durante la colonia solamente existe el sistema judicial, y aunque en el México independiente se separa como materia, sigue siendo parte de la jurisdicción ordinaria. El gobierno conservador promovió en 1853 el primer tribunal de lo contencioso administrativo dentro del Consejo de Estado siguiendo el modelo francés, ante el cual se presentaban recursos de apelación, aclaración y nulidad. Es en ese año en que se crean también los tribunales especiales de Hacienda.

Con el triunfo de los liberales la jurisdicción administrativa retorna al poder judicial en la Constitución de 1857, aunque en 1864 durante el

Segundo Imperio se reinstala el modelo francés temporalmente. Tras la restauración de la República se comienza a conocer de las cuestiones administrativas a través de amparo, por lo que los asuntos administrativos y tributarios fueron resueltos por el poder Judicial hasta 1936 cuando se expide la Ley de Justicia Fiscal. Rompiendo con la tradición sin embargo, se creó un tribunal fiscal federal según el modelo francés en el ámbito del poder Ejecutivo, el cual operaba al principio como un tribunal de anulación en contra de cuyas resoluciones procedía el amparo. Se dice que la reforma constitucional de 1946 “constitucionaliza” indirectamente los tribunales administrativos (en el artículo 104, fracción I) al facultar al legislador para prever recursos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra resoluciones administrativas.

En 1966 se expiden el Código Fiscal de la Federación⁵ y la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación,⁶ asimismo se reforma el artículo 104, I, B constitucional para incluir un reconocimiento de la jurisdicción administrativa al atribuir a los Tribunales Colegiados de Circuito competencia para conocer del recurso de revisión contra resoluciones administrativas. Finalmente en 1987 se reconocen expresamente los tribunales de lo contencioso administrativo en la Constitución al prever en el artículo 73, XXIX-H la facultad legislativa para crear un tribunal federal, y en materia local al reformar los artículos 116 y 122.⁷

La jurisdicción administrativa es un remedio indirecto de la defensa de la Constitución, pues de forma refleja tutela los derechos fundamentales. No obstante, su función es la protección de la esfera de los derechos de los administrados y los actos que se fundan en la ley o reglamentos, no los derechos constitucionales. Según la jurisprudencia el Tribunal Fiscal de la Federación no podía anular una resolución por inconstitucionalidad, pues por disposición jurisprudencial, el análisis de la constitucionalidad es com-

5. Este Código quedó derogado a la entrada en vigor del publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1981.

6. Actualmente se denomina Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJA) y se encuentra regulado por la ley orgánica del mismo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 2007.

7. La fracción V del artículo 116 faculta a los estados para crear tribunales de lo contencioso-administrativo, los cuales cuentan con autonomía plena para dictar sus fallos, al igual que el artículo 122, C base quinta faculta al Distrito Federal.

petencia exclusiva de Suprema Corte, a pesar del recurso de revisión fiscal.⁸ Esto se debe a que la obligación de acatar la jurisprudencia, no implica que el tribunal analice o se pronuncie sobre el tema al que la misma se refiere.⁹

El Tribunal Fiscal de la Federación fue creado por la ley como un órgano jurisdiccional autónomo, para resolver conflictos en materia fiscal y así anular actos y resoluciones de la autoridad fiscal federal, los relacionados con las prestaciones de seguridad social y pensiones. Ante dicho tribunal procede además el juicio de nulidad fiscal.

II. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. La administración pública y sus principios regulativos

En la Constitución mexicana se encuentran pocas disposiciones relativas al funcionamiento de la Administración Pública, no obstante, las reformas que se han hecho muestran una evolución hacia una administración más eficiente y responsable, así como una jurisdicción contencioso administrativa autónoma.

En México el poder Ejecutivo es unipersonal y se deposita en el Presidente de la República, sus facultades en materia administrativa se encuentran previstas en el artículo 89 constitucional. En su fracción primera este precepto le atribuye la facultad reglamentaria, la cual de conformidad

8. De conformidad con la jurisprudencia 38/2002, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa “carece de competencia para declarar la inconstitucionalidad de leyes, pues en el acto de aplicación de una jurisprudencia a un caso concreto, ...”, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, agosto de 2002, p. 5.

9. “Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Carece de competencia legal para declarar la inconstitucionalidad de leyes, al aplicar jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en torno a ese tema”. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, agosto de 2003, p. 1857, tesis: VI.3o.A.151 A, tesis aislada, materia: administrativa.

con el principio de atribución expresa de facultades que deriva del de legalidad, implica la prohibición de la delegación por vía reglamentaria de éstas en persona u órgano determinados.¹⁰ En consecuencia, las facultades de la autoridad administrativa solamente pueden emanar de la ley o por delegación expresamente autorizada en ley.

El “Gabinete” se integra por los principales colaboradores del Presidente que lo asesoran, al respecto solamente prevé la Constitución las cuestiones relativas al nombramiento, el refrendo y el deber de los funcionarios de dar cuenta de su gestión ante el Congreso (artículos 91 a 93). Estos funcionarios son designados por el Presidente y ejercen la función administrativa de manera preponderante, sin embargo, el principio de división de poderes no excluye la atribución de funciones de otro tipo. Cabe aclarar que a pesar de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal¹¹ la Administración Pública Federal no constituye parte del poder Ejecutivo, aunque depende de él.

La Administración Pública Federal se conforma por la administración pública centralizada y la paraestatal, esto es, los órganos y mecanismos de colaboración que ejercen actividades de la jurisdicción del poder Ejecutivo para el buen funcionamiento de la Administración Pública Federal.¹² La Administración Pública coordina y administra los recursos del Estado para lograr determinados objetivos, sus elementos característicos son la organización, la coordinación, la finalidad, el objetivo, los métodos, la planeación, el control y la evaluación. La facultad del Presidente para proveer a la observancia de la ley en la esfera administrativa se realiza a través del ejercicio de dos tipos de funciones: la administrativa y la legislativa. Esta última se desarrolla por medio de otras disposiciones generales

10. Esta facultad se infiere por interpretación de la obligación de proveer en la esfera administrativa. Este precepto establece: “Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”.

11. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976.

12. Así lo dispone el artículo 90 constitucional, las instituciones centralizadas realizan actividades propiamente de autoridad. La administración paraestatal se conforma por organismos descentralizados que realizan funciones auxiliares como por ejemplo, las empresas de participación estatal, mayoritaria o minoritaria, o los fideicomisos públicos, cuyo objetivo es prestar un servicio público o la explotación de recursos o de industrias del Estado.

además del reglamento como son los decretos, las órdenes, y las circulares. La función administrativa se verifica por actos materiales como son los de ejecución o la emisión de normas individualizadas. La doctrina y la jurisprudencia en México¹³ han señalado que en virtud del principio de subordinación, los reglamentos dependen de las leyes, tanto para su existencia como en su contenido, dado que su función es desarrollar una ley.

En la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA)¹⁴ se encuentran previstas las reglas generales de todo procedimiento o trámite, son obligatorias para la autoridad y constituyen los parámetros mínimos que garantizan la legalidad del acto. Estas disposiciones funcionan como límites a la actuación de la autoridad administrativa, y operan de manera supletoria en el caso en que las leyes especiales no prevean un procedimiento o parte de éste. Constituyen lineamientos generales obligatorios para la autoridad, y sus disposiciones regulan los elementos mínimos que garantizan la legalidad del acto.

Esta Ley regula de manera general los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública Federal centralizada y a los organismos descentralizados respecto de sus actos de autoridad, los servicios que el Estado preste de manera exclusiva y de los contratos que los particulares sólo puedan celebrar con el Estado (art. 1º). Contiene disposiciones aplicables a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa (art. 12). A efectos de reforzar la tutela de los derechos de los particulares la LFPA establece garantías en sus artículos 13, que enuncia los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe en el procedimiento administrativo, y 16 que regula las obligaciones de la autoridad en sus relaciones con los particulares. Esta ley regula cada una de las etapas en que se divide el procedimiento: iniciación, tramitación, terminación (arts. 42 a 61) y el recurso de revisión, (arts. 83 a 96). En esta

13. La jurisprudencia ha reconocido en múltiples fallos, que el ejercicio de la facultad reglamentaria requiere de la existencia previa de una norma expedida por el órgano legislativo; *cfr* “Construcciones, Reglamento de, del Distrito Federal, reglamenta la Ley del Desarrollo Urbano y por lo mismo fue válidamente expedido por el Presidente de la República en uso de sus facultades”, Octava época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo II, primera parte, p. 207.

14. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994, su última reforma fue publicada el 30 de junio de 2000.

ley se materializa un cambio en la función del procedimiento administrativo y se percibe una tendencia a asegurar y proteger los derechos de los particulares.

En el derecho administrativo mexicano se puede observar una evolución en los últimos 30 años que tiene como propósito armonizar los criterios de legalidad, eficacia, eficiencia y honestidad, tanto en el desempeño de las funciones que corresponden a los servidores públicos como en la aplicación y uso de los recursos financieros del Gobierno Federal. En ese sentido fue reformado el artículo 134 constitucional en 2008¹⁵ para establecer que los recursos económicos deben ser administrados por la autoridad con “eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados”

Una primera manifestación de este proceso de cambio fueron los procesos de desregulación, que incluyó importantes privatizaciones, y simplificación administrativa que en su origen tuvieron un gran impacto en el funcionamiento de la Administración Pública. Este periodo culminó en 2000 con la reforma de la LFPA para incluir en ella la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía encargado de “promover” la transparencia en el procedimiento de elaboración y aplicación de la regulación a través del análisis y evaluación de la “manifestación de impacto regulatorio”, así como el Registro Federal de Trámites y Servicios. No obstante, el proceso de desregulación cayó en el olvido al substituirse por el de mejora regulatoria, por lo que el sistema jurídico mexicano se caracteriza de nuevo por una excesiva regulación.

Esta tendencia a asegurar una administración eficiente, transparente y honrada puede percibirse tanto en la legislación, como en el funcionamiento de órganos de la Administración Pública Federal, y en consecuencia, en la aplicación de las normas por las dependencias correspondientes. Por una parte, en la emisión de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP)¹⁶ y la creación, prácticamente simultánea, de la entonces Secretaría de la Contraloría, hoy Secretaría de la Función Pública. En la época en que se presentaron estas innova-

15. Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 2008.

16. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo de 2002, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 2008.

ciones el motivo que las originó fue garantizar el manejo honesto de los recursos públicos. Consecuentemente, se han emitido leyes que de manera concreta buscan aplicar los principios de honestidad, eficacia y eficiencia en el uso de recursos públicos, para además ofrecer garantías a los particulares en el sentido de reparar los daños que puedan sufrir por acciones administrativas irregulares, tal como señala la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.¹⁷

Otras tendencias a tomar en cuenta y que están directamente relacionadas con la evolución del derecho administrativo, se refieren a las garantías que se otorgan a los particulares en su relación con la Administración Pública, contenidas en la LFPA, y el acceso a la información regulado en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley de Información).¹⁸ En este contexto, las Leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas¹⁹ incorporaron estos principios, procurando armonizarlos, de tal manera que eficiencia, honestidad, igualdad de oportunidades y publicidad, concurren en el logro no solo de los programas específicos a los que se destinan los recursos, sino a mejorar la relación entre particulares y la Administración Pública Federal, o más aun, la relación entre sociedad y gobierno.

La LFRASP que regula en su artículo 1º los sujetos de responsabilidad administrativa en el servicio público, establece a su vez, las obligaciones en el servicio público y las responsabilidades y sanciones administrativas. Los principios que vinculan a los funcionarios públicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, son los de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. Mismos que se deben interpretar en relación con lo previsto en el artículo 134 constitucional sobre economía y transparencia en el manejo de los recursos económicos. De manera congruente se encuentra previsto que los principios que rigen el procedimien-

17. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 De Diciembre de 2004.

18. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002, su última reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2006.

19. Estas leyes derogaron la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1993, ambas fueron publicadas el 4 de enero de 2000.

to administrativo de acceso a la información son los de máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados. Por ello se prevé que la información debe publicarse de tal forma que se facilite su uso y comprensión por las personas, y que permita asegurar su calidad, veracidad, oportunidad y fiabilidad.

2. El procedimiento administrativo

La Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa crea, reconoce, modifica, transmite o extingue situaciones jurídicas en aras de la satisfacción del interés general, lo cual se lleva a cabo a través del denominado “procedimiento administrativo”. El término procedimiento se refiere a las formalidades, al conjunto de actos, al trámite o sucesión de actos que forma una secuencia. La trascendencia del procedimiento administrativo en relación con la tutela de los derechos de los particulares se manifiesta cuando éste tiene carácter imperativo y puede afectar situaciones jurídicas específicas.

En relación con el procedimiento administrativo el derecho positivo mexicano ha intentado diversas técnicas: no regular procedimiento alguno, seguir los principios del procedimiento judicial, y finalmente prever un procedimiento especial distinto al judicial. La falta de regulación del procedimiento predominó en el derecho administrativo mexicano en virtud de la influencia de los principios liberales de la Constitución de 1857 que reducían las intervenciones del Estado en la vida de los particulares a un grado mínimo.²⁰ De tal forma que en materia administrativa la legislación positiva se limitó a establecer el derecho sustantivo, sin considerar la regulación de las vías que conducen a la producción del acto administrativo.

En una segunda fase el procedimiento administrativo se inspira en el procedimiento judicial a efectos de que la Administración Pública observe todas y cada una de las formalidades del procedimiento judicial. La posición actual consiste en prever procedimientos especiales adecuados al acto que ha de realizarse separándose de los modelos del procedimiento judi-

20. Cfr. FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 1988, pp. 255, 256.

cial ordinario. La tendencia a regular procedimientos especiales previstos en cada una de las leyes que regulan alguna materia específica condujo sin embargo, a la confusión y falta de certidumbre por la proliferación de procedimientos. Este problema se intentó remediar con la emisión de la LFPA que debía establecer de manera clara los efectos y requisitos del acto administrativo en general, sin por ello excluir algunos procedimientos especiales. Su función además de prever las condiciones mínimas de la actuación administrativa es la de operar de manera supletoria en los procedimientos previstos en leyes especiales.

Los principios previstos en la LFPA que rigen de manera genérica la actuación administrativa en el procedimiento son los de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe.²¹ Cabe señalar que en el derecho el concepto de principio es ambiguo²² y puede referirse por ejemplo a los principios generales del derecho, a instituciones jurídicas, a guías o valores, o bien, a normas concebidas como principios en virtud de su operatividad.²³ En el caso de la esta ley, el término “principio” ha de ser entendido como cláusulas generales que enuncian “modos de ser del derecho”, esto es, lineamientos o pautas a seguir en la actuación administrativa que guían la forma en que se hace el derecho administrativo.

Además de los previstos en el artículo 13 de manera explícita, se pueden mencionar los siguientes principios:

1. Presunción de legalidad del acto, en virtud de la sujeción de actuación administrativa a la ley,²⁴ ya que el acto administrativo se reputa

21. La doctrina ha discutido abundantemente el tema de los principios, sobre mi posición *vid.* HUERTA, Carla, *Conflictos Normativos*, segunda edición Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, pp. 192-196.

22. AARNIO, Aulis, “Taking Rules Seriously”, ARSP, Beiheft 42, Stuttgart, 1990, pp. 183-185.

23. Como hace Alexy, *cf.* ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81 y ss.

24. Los Tribunales Colegiados de Circuito han emitido diversas tesis aisladas con el objeto de sustentar la presunción de legalidad, aunque señalan que admite prueba en contrario ante la negativa lisa y llana del afectado, como por ejemplo en: Actos de autoridad, presunción de legalidad de los, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación III, segunda parte-1, enero a junio de

legítimo hasta que su invalidez es declarada por la autoridad administrativa o jurisdiccional (artículo 8).²⁵

2. De eficacia, pues el acto administrativo válido es eficaz y exigible a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada, a menos que el acto administrativo requiera aprobación de órganos o autoridades distintos del que lo emita, pues en ese caso su eficacia depende del acto de aprobación (artículo 9).

3. Brevedad: este principio es correlativo al derecho de petición previsto en el artículo 8º constitucional, por lo que la LFPA en su artículo 17 estableció como regla general que la respuesta a una solicitud de un particular no debe exceder de tres meses. Para mayor celeridad establece también como regla general, la *negativa ficta* para el caso de silencio administrativo.

4. Continuidad: el procedimiento administrativo continúa de oficio, sin perjuicio del impulso que puedan darle los interesados, en consecuencia la caducidad solamente opera en el caso en que corresponda a estos últimos promover y no lo hicieron (artículo 18).

1989, p. 58, tesis aislada, materia: administrativa; o en Actos de autoridad administrativa. Presunción de validez de los. Carga de la prueba cuando son negados, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación X, noviembre de 1992, p. 221, tesis aislada, materia: administrativa. Aunque como se puede notar, la jurisprudencia no fue elaborada con el cuidado debido como para poder hacer la distinción entre validez y legalidad que corresponde.

25. El artículo 237 del Código Fiscal de la Federación, derogado en 2005, desarrollaba el principio de presunción de legitimidad y conservación de los actos administrativos, que incluía lo que en la teoría del derecho administrativo se conoce como «ilegalidades no invalidantes», respecto de las cuales no procede declarar su nulidad, sino confirmar la validez del acto administrativo. *Vid* Acto administrativo. Su validez y eficacia no se afectan con motivo de «ilegalidades no invalidantes» que no trascienden ni causan indefensión o agravio al particular, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, agosto de 2007, p.: 1138, tesis: I.4o.A. J/49, jurisprudencia, materia: administrativa.

5. Publicidad del acto administrativo: todos los actos administrativos de carácter general deben publicarse en el Diario Oficial de la Federación para que produzcan efectos jurídicos (artículo 4º).

6. Legalidad o forma: el procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a petición por escrito de parte interesada, y la Administración Pública no puede exigir más formalidades que las expresamente previstas en la ley.

7. Información: la Administración Pública debe informar a los particulares el lugar, fecha, hora y objeto de la comparecencia, así como los efectos de no atenderla; del estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan interés jurídico; informar y orientar acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones legales vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, así como permitir el acceso a sus registros y archivos en los términos previstos en ésta u otras leyes.

Estos principios deben conformarse e interpretarse a la luz de los principios generales que se encuentran previstos en el artículo 134 de la Constitución de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez mencionados previamente, además de los principios de celeridad, legalidad, publicidad y buena fe en el procedimiento administrativo previsto en la LFPA.

A partir de este principio de buena fe se podría desarrollo el principio de confianza legítima de una manera similar a como lo hace la Ley alemana de procedimiento administrativo en los términos de su artículo 48,²⁶ ya que la jurisprudencia solamente ha previsto que “el principio de buena fe ... tiene su origen en el derecho de tutela judicial efectiva y está relacionada con los derechos de defensa, igualdad y expeditez en la administración de justicia, ...”.²⁷ En materia administrativa específicamente ha

26. Esta Ley del 25 de mayo de 1976, BGBl IS 1253 entró en vigor el 1º de enero de 1977.

27. Principio de buena fe procesal. Emanada de la garantía de tutela judicial efectiva, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, septiembre de 2008, p.: 1390, tesis: I.7o.C.49 K, tesis aislada, materia: común.

establecido que “en la actuación administrativa de los órganos de la Administración Pública y en la de los particulares, no deben utilizarse artificios o artimañas, sea por acción u omisión, que lleven a engaño o a error. La buena fe constituye una limitante al ejercicio de facultades de las autoridades, en cuanto tiene su apoyo en la *confianza* que debe prevalecer en la actuación administrativa, por lo que el acto, producto del procedimiento administrativo, será ilegal cuando en su emisión no se haya observado la buena fe que lleve al engaño o al error al administrado, e incluso a desarrollar una conducta contraria a su propio interés, lo que se traduciría en una falsa o indebida motivación del acto, que generaría que no se encuentre apegado a derecho”.²⁸

La buena fe sin embargo, no es principio exigible exclusivamente a la autoridad administrativa, pues la jurisprudencia ha señalado que tanto ésta como “el administrado han de aportar un comportamiento leal en todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que les dé vida y en las relaciones frente a los posibles defectos del acto; asimismo, debe darse ese comportamiento leal en el desenvolvimiento de las relaciones en las dos direcciones en que se manifiestan: derechos y deberes y, por último, debe darse también en el momento de extinción, al ejercer las potestades de revisión y anulación y al soportar los efectos de la extinción, así como en el ejercicio de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa”.²⁹ Por lo que se constituye como principio rector de todo el procedimiento administrativo tanto para la Administración Pública como para el particular.

Como es el caso de la mayoría de los principios, la buena fe no se encuentra definida en la LFPA ni en ninguna otra ley administrativa, por lo que se debe acudir a la doctrina. Así lo ha considerado la jurisprudencia al prever que se puede recurrir a ella como elemento de análisis y apoyo, para determinar si en cada caso la autoridad actuó en forma contraria a la

28. Buena fe en las actuaciones de autoridades administrativas, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, enero de 2005, p.: 1723, tesis: IV.2o.A.120 A, tesis aislada, materia: administrativa

29. Buena fe en materia administrativa. Su observancia en las distintas fases del desenvolvimiento del acto administrativo, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, enero de 2005, p.: 1724, tesis: IV.2o.A.121 A, tesis aislada, materia: administrativa.

buena fe. Así señala por ejemplo que “la buena fe se ha definido doctrinariamente como un principio que obliga a todos a observar una determinada actitud de respeto y lealtad, de honradez en el tráfico jurídico, y esto, tanto cuando se ejerza un derecho, como cuando se cumpla un deber”.³⁰ Al respecto cabe mencionar otra tesis que establece que “por constituir un concepto jurídico indeterminado, debe ponderarse objetivamente en cada caso, según la intención revelada a través de las manifestaciones exteriores de la conducta, tanto de la Administración Pública como del administrado. En esa tesitura, si el precepto legal ... prohíbe a las autoridades administrativas toda actuación contraria a la buena fe, el acto en que tal actuación se concrete es contrario a derecho, ilícito y, por tanto, debe declararse inválido”.³¹

En consecuencia, la sanción en caso de demostrar la ausencia de buena fe es la nulidad, así lo señala por ejemplo la jurisprudencia en la tesis que establece que “si se demuestra objetivamente que una autoridad faltó a la lealtad y honradez en el tráfico jurídico, ..., tales actuaciones infringen el principio de derecho positivo de la buena fe, previsto en el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y sus actos deben declararse nulos”.³²

En relación con la proporcionalidad, la tradición jurídica mexicana solamente la contempla en el artículo 31 constitucional que regula las “obligaciones de los mexicanos”, que establece en la fracción IV el deber de contribuir de manera “proporcional” y “equitativa” al gasto público de conformidad con las leyes. El criterio de proporcionalidad previsto solamente es exigible en materia fiscal como derecho fundamental frente a la autoridad administrativa que determina la carga impositiva de los particu-

30. Buena fe en materia administrativa. Este concepto no se encuentra definido en la ley, por lo que debe acudir a la doctrina para interpretarlo, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, enero de 2005, p.: 1724, tesis: IV.2o.A.119 A, tesis aislada, materia: administrativa.

31. Buena fe. Es un principio de derecho positivo en materia administrativa, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, enero de 2005, p.: 1725, tesis: IV.2o.A.118 A, tesis aislada, materia: administrativa.

32. Buena fe en materia administrativa, conforme a su sentido objetivo, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, enero de 2005, p.: 1723, tesis: IV.2o.A.122 A, tesis aislada, materia: administrativa.

lares. No constituye por lo tanto, un principio general obligatorio en el procedimiento de resolución por parte de las autoridades, la jurisprudencia incluso a elaborado un criterio para distinguir estos principios.³³

Las decisiones administrativas o judiciales no recurren al principio de proporcionalidad en los términos en que los hacen los tribunales alemanes, no obstante, últimamente algunos jueces citan la teoría de Alexy.³⁴ A pesar de comenzar a incluir la noción de proporcionalidad en sus decisiones, la Suprema Corte sigue siendo sin embargo conservadora en este sentido, aunque ya ha ofrecido como criterio a considerar en la ponderación “el interés de la sociedad, sus valores y las consecuencias de la decisión”.³⁵

III. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El término “derecho a la información” refiere en la actualidad a un “derecho al acceso a la información” y se verifica como un procedimiento administrativo. La tendencia a constitucionalizarlo progresivamente ha permitido transformarlo en un derecho fundamental. En México opera de

33. Las diferencias han sido señaladas en la jurisprudencia: “Principio de proporcionalidad y proporcionalidad tributaria. Sus diferencias”, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, septiembre 2008, p. 1392, tesis: I.4º.C.26 K, tesis aislada, materia común.

34. La influencia de la doctrina se puede ver en “Suspensión en el Amparo. Conforme a la teoría de la ponderación de principios, debe negarse contra los requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, pues el interés de la sociedad prevalece y es preferente al derecho de la quejosa a la confidencialidad de sus datos”, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, julio de 2007, p. 2717, tesis: I. 4º.A.582 A, tesis aislada, materia: administrativa.

35. “Multas por violación a las normas en materia de equilibrio ecológico y protección al ambiente. Como su imposición no tiene la finalidad de salvaguardar el derecho fundamental previsto en el artículo 4º de la Constitución Federal, resulta inaplicable la ponderación de principios constitucionales cuando aquellas se controviertan,” Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, julio de 2008, p. 1749, tesis: I. 7º.A.579 A, tesis aislada, materia: administrativa.

manera similar a un derecho de acción administrativo, de carácter procedimental inmediato y procesal mediato, que en virtud de la Ley de Información se verifica en dos momentos: el de la solicitud ante la autoridad y en su caso, el de la revisión cuando el solicitante obtiene por respuesta una negativa. Es este último acto en el que realmente se materializa su carácter de derecho fundamental al vincularse a los medios de protección que deben impedir la vulneración del derecho a la información.

El derecho a la información se ha desarrollado en México a partir del derecho fundamental a la libertad de expresión que incluye la libertad de expresión oral y escrita. En la tradición mexicana el derecho a la libertad de expresión no solamente protege el derecho a emitir opiniones libremente, o a evitar la censura, sino también a acceder a la información necesaria para poder elaborar opiniones debidamente informadas. El artículo 6º de la Constitución fue adicionado en 1997 para establecer que: “el derecho a la información será garantizado por el Estado.”³⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación procedió así a concebirlo como una garantía social correlativa a la libertad de expresión³⁷ que se encuentra relacionado con la conciencia ciudadana en la medida en que permite la formación de la voluntad general.³⁸ Su interpretación procedió a transformarlo en un deber de información del Estado en relación con la información que produce y maneja, reconociendo la necesidad de establecer limitaciones a su difusión. Esta evolución hizo posible el cambio de fuente que se produjo en 2007 mediante el cual se reconoce la relevancia del derecho al acceso a la información y la conveniencia de su delimitación en la Norma Suprema.³⁹

36. Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 1997.

37. Semanario Judicial de la Federación, tomo X, agosto de 1992, octava época, p. 44.

38. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo III, junio de 1996, novena época, pleno, tesis P. LXXXIX/96, p. 513.

39. La interpretación de la Suprema Corte es conservadora a diferencia por ejemplo de la hecha en esta materia por el Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia que dictó el 15 de diciembre de 1983, que produjo un *nuevo* derecho fundamental que derivó conjuntamente del principio de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de su personalidad, y que denominó derecho de «autodeterminación informacional,» resolución conocida como *Volkszählung*, BVerGE, 65, 1).

La adición de un segundo párrafo al artículo 6º constitucional en 2007,⁴⁰ fue hecha con el objeto precisar la forma y alcance del ejercicio del derecho de acceso a la información, así como la obligación de las entidades administrativas federales, estatales y del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, de permitir el acceso a la información. Esta adición establece como principios y bases del ejercicio de este derecho que la información en posesión de la autoridad es pública y sólo puede ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos de las leyes. Así como que en la interpretación de este derecho debe prevalecer el principio de máxima publicidad. Solicitar información específica tiene en virtud de la obligación del Estado de dar respuesta a la solicitud presentada, el carácter de trámite que se verifica ante la Administración Pública.

Los principios constitucionales del acceso a la información pública son la gratuidad del trámite, la previsión de mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos que se sustancian ante órganos u organismos especializados e imparciales y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. El derecho a la información no requiere de legitimación para presentar una solicitud, ya que cualquier persona puede solicitar la información pública que deseé. Este principio de interés general no opera sin embargo, en relación con el acceso a los datos personales, o a la rectificación de los mismos.

La fracción IV establece la garantía de prever procedimientos administrativos eficientes de acceso a la información, los cuales deben resolverse ante autoridades administrativas creadas para tal efecto. El derecho a la información se ejerce por lo tanto, mediante procedimientos institucionales por la vía administrativa, por lo que aún las solicitudes a los órganos judiciales y legislativos tienen carácter administrativo. El procedimiento de acceso a la información previsto en la Ley de Información, fue diseñado para facilitar el acceso a la información mediante un proceso expedito conforme a las garantías previstas en la LFPA y el derecho de petición previsto en el artículo 8º constitucional. Para ello, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) elaboró una guía de los procedimientos de acceso a la información de las dependencias y entidades.

40. Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007.

El procedimiento administrativo de acceso a la información consta de tres partes: 1. La solicitud: la dependencia que poseé la información debe responder en un plazo de 20 días hábiles. La falta de respuesta da lugar a una *positiva ficta* que vinculada a la *negativa ficta* prevista en el artículo 53 de la Ley de Información da acceso a la siguiente instancia. 2. El recurso administrativo procede ante el superior jerárquico (por la materia, el IFAI), quien tiene 60 días hábiles para resolver, y 3. La resolución definitiva cuyo destinatario es la autoridad administrativa que no otorgó la información, (cabe señalar que el amparo no procede, salvo en caso de daño patrimonial).

El procedimiento inicia por lo tanto, con la solicitud de acceso a la información cuando la “unidad de enlace” la turna a la unidad administrativa que considera que tiene o puede tener la información, con objeto de que la localice y verifique su clasificación. Si el titular de la unidad administrativa clasificó los documentos como reservados o confidenciales, debe remitir la solicitud, así como un oficio al Comité de la dependencia o entidad.⁴¹ El Comité puede confirmar o modificar la clasificación y negar el acceso a la información, o bien, revocar la clasificación y conceder el acceso a la información.⁴² La resolución del Comité debe notificarse al interesado en un plazo máximo de 20 días hábiles, especificando las razones de la clasificación de la información de manera clara y suficiente. La Ley prevé que el Comité debe también indicar al solicitante el recurso que puede interponer ante el IFAI.

La obligación de las dependencias y entidades se limita a entregar documentos que se encuentren en sus archivos, no a obtenerlos de otros agentes u organismos. La información debe entregarse dentro de los 10 días hábiles siguientes al que la unidad de enlace haya hecho la notificación de disponibilidad, pero puede retenerla hasta que el solicitante compruebe haber realizado el pago de los derechos correspondientes. Solamente la negati-

41. La Ley de Información prevé que debe existir en cada dependencia o entidad un “Comité de Información” que coordine y supervise las acciones de la dependencia o entidad tendientes a proporcionar la información, (artículo 29).

42. Los Comités están integrados por un servidor público designado por el titular de la dependencia o entidad, el titular de la unidad de enlace y el titular del órgano interno de control de cada dependencia o entidad.

va de acceso a la información da un derecho de acción ante la autoridad administrativa, y ante la jurisdiccional tan sólo en su última fase.

El IFAI es un órgano de la Administración Pública Federal con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información. Está encargado de resolver sobre las negativas a solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades. Fue creado con el objeto de constituir la instancia administrativa de solución de conflictos en materia de información para lo cual cuenta con la facultad de resolver los recursos de revisión en esta materia.

En su calidad de órgano de control el IFAI establece y revisa los criterios de clasificación, desclasificación y custodia la información reservada y confidencial. Sus resoluciones se dirigen a la autoridad en defensa de los derechos de los solicitantes de información, a quienes debe orientar y asesorar acerca de las solicitudes cuando así lo soliciten. La autoridad debe en todo caso atender las recomendaciones que en materia de acceso a la información el Instituto expida.

El recurso de revisión procede ante la negativa de la autoridad así como en los casos en que la dependencia o entidad no entregue al solicitante los datos personales solicitados, o lo haga en un formato incomprensible, cuando se niegue a efectuar modificaciones o correcciones a los datos personales, así como en el caso en que el solicitante no esté conforme con el tiempo, el costo o la modalidad de entrega, y cuando el solicitante considere que la información entregada es incompleta o no corresponda a la información requerida en la solicitud. Este recurso procede en lugar del recurso de revisión establecido en el artículo 83 de la LFPA, y el IFAI debe subsanar las deficiencias de los recursos interpuestos por los particulares.

Las resoluciones del IFAI son definitivas para las dependencias y entidades, lo cual no obsta para que los particulares las impugnen ante el poder Judicial de la Federación. En el proceso de resolución de un procedimiento judicial, los tribunales deben tener acceso a la información reservada o confidencial cuando resulte indispensable para resolver el asunto y hubiera sido ofrecida en juicio. Sin embargo, dicha información debe ser mantenida con ese carácter y no puede estar disponible en el expediente judicial. Como garantía adicional del derecho a la información, la Ley prevé que transcurrido un año de que el IFAI haya expedido una resolu-

ción que confirme una decisión negativa de un Comité, el particular afectado puede solicitar ante el mismo Instituto que reconsidere la resolución. Dicha reconsideración debe referirse sin embargo, a la misma solicitud y resolverse en un plazo máximo de 60 días hábiles.

La LFPA establece una garantía correlativa en materia de información en su artículo 33 que prevé que los interesados en un procedimiento administrativo tienen “derecho de conocer, en cualquier momento, el estado de su tramitación, recabando la oportuna información en las oficinas correspondientes, salvo cuando contengan información sobre la defensa y seguridad nacional, sean relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, en los que el interesado no sea titular o causahabiente, o se trate de asuntos en que exista disposición legal que lo prohíba”. Asimismo se prevé en el artículo 34 de la LFPA que “los interesados podrán solicitar les sea expedida a su costa, copia certificada de los documentos contenidos en el expediente administrativo en el que se actúa, salvo en los casos a que se refiere el artículo anterior”.

IV. LA TUTELA DEL CIUDADANO FRENTE A ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. El proceso administrativo

El derecho administrativo procesal, inexistente en los orígenes del sistema jurídico mexicano, se caracteriza por su creación paulatina, su dispersión y el principio de legalidad como criterio de evaluación de la actividad cuestionada. El concepto de justicia administrativa abarca todos los procedimientos previstos en el derecho positivo para la defensa de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados frente a la actividad administrativa. En consecuencia, incluye el procedimiento administrativo, la protección de la legalidad, los recursos administrativos y el control de la actividad de la autoridad administrativa, lo cual implica instancias de diversa índole. Por lo que la tutela del administrado en México inicia en sede administrativa mediante un proceso administrativo y conti-

núa en dicha sede con uno de índole jurisdiccional. Las resoluciones administrativas sin embargo, se combaten en última y definitiva instancia, jurisdiccionalmente en sede judicial.

En términos generales, en México se utiliza el término “instancia” para referirse a alguno de los medios de tutela del administrado, y se entiende como conjunto de actuaciones, procedimiento o acción. En sentido estricto no obstante, el concepto de instancia se refiere al conjunto de actos procesales a partir del ejercicio de una acción en juicio y la contestación que se produce hasta dictarse sentencia definitiva.⁴³ En el derecho administrativo las instancias se conocen con los nombres de inconformidades, oposiciones, peticiones, solicitudes, denuncias, quejas, recursos, impugnaciones, etc., esto es, los procedimientos previstos en las leyes administrativas.

Tomando como ejemplo la inconformidad, se puede decir, que tanto ésta como el recurso de revisión son instancias que permiten al particular acudir ante la propia autoridad para que, en su caso, rectifique su error. La inconformidad, aun cuando se encuentra prevista como una “instancia”, es un recurso administrativo en sentido estricto, pues sus características son las mismas que las del recurso de revisión previsto en la LFPA. La inconformidad es un tipo especial de recurso administrativo que además de vigilar el cumplimiento de la ley, tiene por objeto proteger los recursos del Estado y garantizar un manejo eficaz.

El recurso administrativo constituye un medio legal de defensa del que dispone el particular afectado en sus derechos para obtener de la autoridad administrativa una revisión del acto para que lo revoque, lo anule o lo reforme en caso de comprobarse su ilegalidad. Desde el punto de vista material, el recurso administrativo se desarrolla como un proceso jurisdiccional, y se asemeja a éste en que constituye el ejercicio de una función de carácter judicial por parte de la autoridad administrativa, esto es, resuelve un conflicto y emite una norma individualizada que dirime una controversia. Es un medio ordinario de impugnación de la legalidad u oportuni-

43. v. *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo V, I-J, UNAM, México, 1984, pp. 135-137.

dad de un acto administrativo que lesiona los derechos o intereses de un particular ante la propia autoridad, “sin tener que agotar un procedimiento jurisdiccional”.⁴⁴

Los elementos del recurso administrativo son la existencia de una resolución administrativa que afecte un derecho o un interés legítimo del particular recurrente, la determinación en la ley de las autoridades administrativas ante quienes debe presentarse, la fijación de un plazo o término dentro del cual debe presentarse el recurso, los requisitos de forma y elementos, establecer un procedimiento para la tramitación del recurso, como son pruebas y demás, así como la obligación de la autoridad de revisar y de dictar una nueva resolución en cuanto al fondo

La interposición del recurso con los requisitos y formalidades que la ley establece condiciona la competencia de la autoridad que conforme la ley debe conocer del recurso. Esa autoridad puede ser la misma que dictó el auto o una superior, o un órgano especial distinto. Las facultades que la ley otorga para la resolución del recurso pueden ser que se decrete la anulación o reforman el acto impugnado, o bien, revocar dicho acto reconociendo el derecho del recurrente revisando los agravios o examinando la legalidad del acto impugnado.

El acto administrativo debe reunir dos características especiales para dar base al contencioso administrativo: que el acto tenga carácter definitivo, ya que se deben haber agotado todos los recursos y que la autoridad haya dictado resolución (en algunas leyes se prevé que se debe agotar el recurso ante la misma autoridad por parte del particular, o intentar el juicio ante el tribunal de lo contencioso administrativo), y que el acto sea dictado por la autoridad facultada con base en las disposiciones legales, pero no a través de un acto discrecional de la autoridad administrativa.

El recurso de revisión puede ser entendido como un proceso administrativo de nulidad, que procede contra actos y resoluciones de la autoridad administrativa que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia, o resuelvan un expediente. Este derecho de acción es además de facultativo, optativo, ya que se puede interponer el recurso de revisión o bien, si procede intentar la vía jurisdiccional que corresponda. La

44. SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo, segundo curso*, 17ª. Edición, Porrúa, México, p. 727.

interposición del recurso puede suspender la ejecución del acto impugnado si así lo solicita expresamente el recurrente siendo procedente el recurso, siempre y cuando no se siga perjuicio al interés social o se contravenzan disposiciones de orden público, ni se ocasionen daños o perjuicios a terceros, a menos que se garanticen éstos para el caso de no obtener resolución favorable. En el caso de multas, el recurrente debe garantizar el crédito fiscal conforme a lo previsto en la ley.

La resolución del recurso debe fundarse en derecho y examinar todos y cada uno de los agravios que el recurrente haga valer, aunque cuando uno de los agravios sea suficiente para desvirtuar la validez del acto impugnado basta con el examen de dicho punto. Procede la suplencia, ya que la autoridad, en beneficio del recurrente, puede corregir los errores en la cita de los preceptos que se consideren vulnerados y examinar en su conjunto los agravios, así como los demás razonamientos del recurrente a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en el recurso. La autoridad debe dejar sin efectos legales los actos administrativos cuando advierta una ilegalidad manifiesta, pero debe fundar cuidadosamente los motivos por los que consideró ilegal el acto y precisar el alcance en la resolución. No obstante, no se pueden revocar o modificar los actos administrativos en la parte no impugnada por el recurrente.

La inconformidad y el recurso de revisión comparten como notas comunes que son procedimientos administrativos resueltos por la autoridad administrativa, ambos proceden contra actos administrativos (en el caso de la inconformidad no solamente contra el fallo, sino también, contra actos parte del procedimiento de licitación, esto es, actos previos a la celebración del contrato). Las etapas del procedimiento son: citación, audiencia, ofrecimiento de pruebas, diligencias de investigación, desahogo y valoración de las pruebas y resolución, y los efectos de la resolución pueden ser: desechamiento, sobreseimiento, confirmación del acto, declaración de nulidad o anulabilidad del acto impugnado, o revocación ya sea total o parcial, así como la modificación del acto.

Las diferencias radican en que en la inconformidad se puede sancionar la manifestación de hechos falsos y se prevé la inhabilitación como posible sanción para la autoridad. Además se puede imponer multa al particular en caso de declarar infundada la inconformidad si se presentó solamente para retrasar o entorpecer el procedimiento de contratación, así

como por el hecho de que las leyes sobre contratación pública prevén un procedimiento especial para revisar los actos que puedan tener un impacto negativo en la legalidad del acto.

La nulidad regulada en los artículos 5 a 7 de la LFPA constituye el núcleo del control materialmente jurisdiccional del procedimiento administrativo, y aunque la doctrina distingue entre nulidad absoluta y relativa, la distinción que la ley hace entre nulidad y anulabilidad es superflua en virtud de sus efectos. Es más, a diferencia del derecho alemán, la inexistencia en el procedimiento administrativo no es viable, pues la deficiencia de un acto administrativo debe ser siempre declarada por la autoridad competente, quien determina su validez y eficacia.

La omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos por el artículo 3 de la LFPA,⁴⁵ o por otras leyes administrativas pueden producir la nulidad o anulabilidad del acto administrativo. La nulidad es declarada por el superior jerárquico de la autoridad que lo haya emitido, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso es declarada por el mismo. La nulidad se sustenta en la omisión o irregularidad por razón de competencia, objeto, finalidad de interés público, formalidades, legalidad, sujeción a lo previsto en ley sobre el procedimiento administrativo, en el error relativo al objeto, causa o motivo, en el dolo o violencia ejercido al expedir el acto o en la ausencia de mención del órgano emisor. El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo es inválido, no se presume legítimo ni ejecutable, pero es subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto. Los particulares no tienen obligación de cumplirlo y los servidores públicos deben hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad produce efectos retroactivos.

La omisión o irregularidad en las formalidades relativas a la identificación del expediente y el administrado, los datos necesarios como lugar y fecha de emisión del acto, los relativos a la notificación o la mención de los recursos que procedan, así como no decidir sobre todos los puntos propues-

45. Los elementos del acto administrativo son: competencia de la autoridad, objeto determinado o determinable, finalidad de interés público, forma (por escrito y firmado por la autoridad, cumplir con las disposiciones relativas al procedimiento administrativo) y estar fundado y motivado (principio de legalidad). Además debe cumplir con diversos requisitos que permiten identificar el expediente, al administrado y sus derechos.

tos por las partes o previstos en ley produce la anulabilidad del acto administrativo. El acto declarado anulable se considera válido, goza de presunción de legitimidad y ejecutividad y es subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el orden jurídico para la plena validez y eficacia del acto. Tanto los servidores públicos como los particulares tienen por lo tanto, la obligación de cumplirlo.

2. La tutela jurisdiccional

La jurisdicción administrativa se integra por tribunales que ejercen facultades judiciales en materia administrativa. El proceso administrativo es la serie de actos mediante la cual se realiza la función jurisdiccional en materia administrativa, y tiene por objeto solucionar un conflicto, por eso se denomina contencioso administrativo como en la tradición francesa. Pero es independiente del poder Judicial, pues la propia administración pública resuelve la controversia, aunque proceda una revisión judicial (*s.s.*) posteriormente. Opera cuando uno o varios particulares acuden a discutir un asunto ante la Administración Pública se controvierte la legitimidad de un acto administrativo.

El modelo de jurisdicción contencioso administrativo en México es mixto según la jurisprudencia, objetivo (o de mera anulación) y subjetivo (o de plena jurisdicción).⁴⁶ El primero tiene la finalidad de controlar la legalidad del acto y restablecer el orden jurídico vulnerado, a efectos de tutelar el derecho objetivo, su fin es evaluar la legalidad de un acto administrativo y resolver sobre su validez o nulidad. En el segundo modelo, el tribunal debe decidir sobre la reparación del derecho subjetivo, por lo que la sentencia no solamente anula el acto, sino que también fija los derechos del inconforme y condena a la Administración a restablecerlos y hacerlos efectivos.

Las funciones judiciales que se ejercen fuera del poder judicial en jurisdicción administrativa incluyen la materia administrativa, tributaria, laboral y agraria. Los tribunales administrativos de conformidad con la

46. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Modelo de jurisdicción contencioso administrativo mixto, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, septiembre de 2006, p.: 1394, tesis: I.4o.A. J/45, jurisprudencia, materia: administrativa.

jurisprudencia son de plena jurisdicción pues no se limitan a declarar la nulidad, sino que pueden tomar las medidas necesarias para satisfacer el interés reclamado.⁴⁷ Revisan la validez del acto por vicios como ilegalidad, competencia, exceso de poder.

El proceso tiene una finalidad jurisdiccional y se forma con acciones no con meras instancias. A diferencia de la acción judicial que se sustenta en un conflicto, en materia administrativa el conflicto surge a partir de un acto administrativo y se sustenta en un “desacuerdo administrativo”. El proceso contencioso administrativo puede iniciarse por quien tiene un derecho o basta que sea alguien con un interés. El juez de lo contencioso administrativo debe atenerse a la situación tal como fue probada ante la autoridad demandada. La acción (*s.s.*) a diferencia de otras instancias es bilateral, actor y demandado ejercen la acción procesal ante un juez. La acción puede considerarse una instancia que se dirige al juez y trasciende al demandado. El objeto es revertir la posición de las partes ante una situación jurídica.

Una vez agotada la vía administrativa, como por ejemplo la resolución de una inconformidad y su revisión, el particular puede acudir ante dos tipos de tribunales: el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJA), un tribunal autónomo y de plena jurisdicción que no forma parte del poder Judicial, o bien, ante los tribunales del poder Judicial de la Federación. En el primer caso, el particular cuenta con una instancia más, ya que si no queda conforme con la sentencia del TFJA puede acudir ante los tribunales federales. Si el particular acude ante el TFJA en un primer momento de no quedar satisfecho con la sentencia de este tribunal puede interponer un amparo ante los tribunales federales. En el caso de que el particular acuda en primera instancia a los tribunales federales para solicitar un amparo renuncia a la instancia ante el TFJA.

En contra de un acto administrativo procede el amparo indirecto o bi-instancial ante Juez de Distrito en materia administrativa. Se puede considerar como una continuación de lo contencioso administrativo cuando se vul-

47. Así lo establece la jurisprudencia en: Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Cuenta con las más amplias facultades constitucionales para emitir sus fallos, no obstante lo que señalen las leyes secundarias, ya sea que actúe como tribunal de mera anulación o de plena jurisdicción, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, septiembre de 2006, p.: 1383., tesis: I.4o.A. J/46, jurisprudencia, materia: administrativa.

neren los derechos fundamentales y ya no procede recurso alguno ante los tribunales administrativos, así como cuando se impugne la norma que fundamenta el acto. Se puede demandar la expedición y la promulgación de una norma en el caso de que sean leyes autoaplicativas, o bien, el primer acto de aplicación. Al impugnar la constitucionalidad de la ley no es necesario agotar los medios de defensa en sede contencioso administrativa.

El amparo directo o uni-instancial, el cual se puede considerar como un amparo-casación, procede ante los Tribunales Colegiados de Circuito en contra de una resolución definitiva del TFJA y demás tribunales administrativos locales. Tras la reforma de 1988, estos tribunales conocen de los recursos de revisión contra las resoluciones de salas regionales del TFJA. La interpretación de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos sin embargo, compete a la Suprema Corte de Justicia exclusivamente cuando ejerce la facultad de atracción en asuntos de interés nacional.

De conformidad con el artículo 192 de la Ley de Amparo,⁴⁸ la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia es obligatoria para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distritos los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, así como para los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que si bien la jurisprudencia es obligatoria, las tesis aisladas no lo son,⁴⁹ y ha establecido que aun cuando la jurisprudencia no es obligatoria para la autoridad administrativa, sí debe cumplir las sentencias en las que, con base en jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes, el TFJA declare la nulidad de sus actos.⁵⁰

48. Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936.

49. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Se encuentra facultado para aplicar jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, pero no tesis aisladas sobre el tema, al igual que tampoco puede realizar aplicaciones analógicas, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, abril de 2008, p.: 2259, tesis: VI.1o.A. J/45, jurisprudencia, materia: administrativa.

50. Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, julio de 2004, p.: 281, tesis: 2a./J. 89/2004, jurisprudencia, materia: constitucional.

Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de procedimiento administrativo alemana y en la normativa nacional uruguaya

*Por Augusto Durán Martínez**

- I -

1. Con fecha 25 de mayo de 1976 se aprobó la ley federal de procedimiento administrativo alemana (en adelante LPA), que entró en vigor el 1º de enero de 1977.

Con algunas modificaciones, esta ley continúa vigente.

2. Esta ley tiene por objeto la codificación del procedimiento administrativo. Pero como bien advirtió FROMONT, por un lado esa codificación es parcial y, por otro, desborda en mucho la materia *procedimiento administrativo*.¹

Esa codificación es parcial porque:

a) no se aplica a los Länder (aunque la unificación del procedimiento se ha conseguido porque la mayoría de los Länder han adoptado leyes casi iguales);

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Catedrático de Derecho Público en el Instituto Universitario Politécnico del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay

1. FROMONT, Michel, "République Fédérale d'Allemagne. La codification du droit administratif par la loi du 25 mai 1976", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Paris. Novembre-décembre 1977, N° 6, pp. 1284 y ss.

b) no ha pretendido derogar las leyes federales vigentes en ese momento en materia de procedimiento administrativo, sino que se aplica en forma subsidiaria;²

c) no regula todos los procedimientos administrativos sino que hay procedimientos especiales regulados por otras leyes. Así, el procedimiento administrativo tributario se rige por el Código Fiscal aprobado por la ley federal de 13 de marzo de 1976, que entró en vigor el 1º de enero de 1977 y los procedimientos de seguridad social se rigen por el Código de derecho social, aprobado por ley de 13 de diciembre de 1975 que entró en vigencia el 1º de enero de 1976.³

Esta LPA, por otro lado, sobrepasa en mucho la regulación del procedimiento administrativo, porque regula también aspectos sustantivos del acto administrativo, de los contratos administrativos y aun aspectos de organización administrativa.⁴

3. En Uruguay esta ley recibió elogios casi de inmediato. En efecto, a poco de entrar en vigencia, REAL se refirió a ella como un “acontecimiento de grandes proyecciones científicas.”⁵ Y enseguida agregó que “constituye un acontecimiento destacable en el derecho comparado, por la influencia intelectual que tendrá el ejemplo en cuestión y por los estudios que provocará, tanto en Alemania como en otros países.”⁶

2. FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., pp. 1295 y ss.

3. FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1976, en *Revue du Droit Public* ..., mars-avril 1978, N° 2, pp. 405 y ss.

4. FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., pp. 1284 y ss.

5. REAL, Alberto R., “La codificación del derecho administrativo general en Alemania Federal (Derecho de defensa y participación democrática de los administrados)”, en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1978, t. I, p. 368.

6. REAL, Alberto R., “La codificación ...”, loc. cit., p. 369.

- II -

1. A fin de comprender cabalmente nuestro tema es preciso tener en cuenta el concepto de procedimiento administrativo y de acto administrativo de la LPA.

2. El artículo 9 de la LPA, cuyo nomen juris es concepto de procedimiento administrativo, dice así: “A los efectos de la presente ley, el procedimiento administrativo consiste en la actividad de las autoridades administrativas que producen efectos externos a la administración dirigido al control de los presupuestos, a la preparación y a la emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un contrato de derecho público; abarca la emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un contrato de derecho público.”⁷

3. El artículo 35 de la LPA, cuyo nomen juris es noción de acto administrativo, dice: “1Un acto administrativo es toda disposición, decisión u otra medida del poder público dictada por una autoridad administrativa para la reglamentación de un caso individual dentro del ámbito del derecho público y destinado a producir efecto jurídico inmediato externo. 2Un acto administrativo de destinatario general es un acto administrativo dirigido a un círculo de personas determinado o determinable por criterios generales o que concierne a la naturaleza de derecho público de un bien o de su uso por la colectividad.”

4. De estos textos se extrae que la LPA, con relación al procedimiento administrativo y al acto administrativo, refiere únicamente a aquella actividad que produce efectos externos a la administración. También se advierte que la noción de acto administrativo prevista en el artículo 35 no comprende al reglamento.

7. La versión en castellano de la LPA que emplearemos pertenece a los Profesores Hermann-Josef Blanke, Evelyn Patrizia Gottschau y Pedro Aberastury, con la colaboración de Konrad Secheuermann.

1. Como bien ha expresado FROMONT, la LPA contiene el esbozo de una teoría general de las consecuencias de la irregularidad de un acto administrativo elaborado a partir de una jurisprudencia muy arraigada.⁸

2. El punto de partida de esta teoría es la noción de eficacia. La LPA dedica a la eficacia del acto administrativo su artículo 43. Este artículo establece:

“Artículo 43. Eficacia del acto administrativo.

(1) Un acto administrativo tiene eficacia con respecto a quien le está destinado o a quien le afecta en el momento en que se le notifica. 2El acto administrativo tiene eficacia con el contenido que se le notifica.

(2) Un acto administrativo continúa teniendo eficacia en tanto y en la medida que no sea retirado, revocado, anulado de alguna otra manera, o que se extinguió por el transcurso del tiempo o de otra manera.

(3) Un acto administrativo nulo no produce efectos jurídicos.”

3. De este artículo, en particular de su numeral tercero, se desprende que la eficacia se relaciona con la producción de efectos jurídicos.

Coincido plenamente con esa posición. Ya he sostenido, siguiendo a BISCARETTI DI RUFFIA⁹ y FRUGONE SCHIAVONE,¹⁰ que un acto es eficaz cuando tiene la capacidad de producir efectos jurídicos.¹¹

8. FROMONT., Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., p. 1304.

9. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*. Editorial. Tecnos. Madrid, 1973, p. 176.

10. FRUGONE SCHIAVONNE, Héctor, “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1974, t. 74, Nº 1 al 10, pp. 9 y ss.

11. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, p. 233.

Del apartado primero de ese artículo se desprende con total precisión el comienzo de la eficacia y su alcance: la eficacia comienza en el momento de la notificación y con el contenido que se notifica.

El apartado segundo refiere a la duración de la eficacia. El acto produce efectos hasta que sea *retirado* (Rücknahme), *revocado* (Widerruf), anulado o extinguido por el transcurso del tiempo o de otra manera.

Queda claro, pues, que los efectos jurídicos del acto no desaparecen si el acto o sus efectos no son extinguidos por alguno de los modos indicados en ese artículo 43.

4. De lo expuesto se desprende que los actos irregulares, salvo una especial categoría que enseguida se indicará, producen efectos jurídicos pese a su irregularidad y esos efectos se extinguen solo en la medida en que sean cesados.

5. Esa categoría de actos irregulares que no producen efectos jurídicos, según el tercer numeral del artículo 43, es la referida en el artículo 44.

Este artículo en sus primeros dos apartados establece:

“Artículo 44. Nulidad del acto administrativo.

(1) Un acto administrativo es nulo, en la medida que se encuentra afectado por un vicio particularmente grave, y esto es evidente considerando razonablemente todas las circunstancias relevantes.

(2) Sin perjuicio de que las condiciones previstas en el apartado 1º se encuentren cumplidas es nulo el acto administrativo

1. que fue dictado por escrito o por vía electrónica, pero no se encuentra identificada la autoridad administrativa que lo dicta;

2. que, en virtud de una norma, puede ser solamente dictado mediante la entrega de un documento pero que no corresponde a la forma establecida;

3. que una autoridad administrativa dictó fuera de su competencia fundada por el Artículo 3, apartado 1º n° 1 sin estar autorizada para ello;

4. que nadie puede por razones de hecho ejecutar;

5. que requiere el cometido de un acto ilícito que constituye un tipo legal penal o de sanción administrativa;

6. que viola las buenas costumbres.”

El término alemán *Nichtigkeit* ha sido traducido como *nulo* en este artículo así como en el apartado 3 del artículo 43, en la versión que estamos manejando. Sin embargo, ha sido traducido por FROMONT como *inexistente*.¹²

No es lo mismo nulo que inexistente. A mi juicio hay inexistencia cuando no se reúnen los presupuestos y elementos requeridos para el perfeccionamiento del acto administrativo;¹³ hay acto nulo cuando contiene un vicio grave en alguno de sus presupuestos o elementos esenciales.

Si se analizan los ejemplos dados por el apartado 2 del artículo 44, se advertirá que solo el que figura en el tercer numeral puede considerarse un caso de inexistencia; los demás serían casos de actos con vicios graves. Por tanto, parece más adecuado en las hipótesis del artículo 44 hablar de acto nulo más que de inexistencia.

6. Considerando los artículos 43 y 44 de la LPA, se desprende que todos los actos irregulares que producen efectos jurídicos son todos aquellos que contienen un vicio, no incluidos en el artículo 44.

7. El artículo 45 regula el saneamiento de vicios del procedimiento y de forma,¹⁴ el 46 refiere a las consecuencias de los vicios del procedimien-

12. FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., p. 1306.

13. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad ...”, loc. cit., p. 232.

14. “Artículo 45. Saneamiento de vicios del procedimiento y de forma.

(1) Una vulneración a las reglas del procedimiento o de forma que no llevan a la nulidad del acto administrativo en virtud del Artículo 44, no se considera cuando

1. la solicitud necesaria para el dictado del acto administrativo es posteriormente presentada;

2. la fundamentación necesaria es posteriormente dada;

3. la audiencia necesaria de una parte es posteriormente realizada;

4. la resolución de una comisión cuya cooperación es necesaria para el dictado del acto administrativo es posteriormente realizada;

5. la cooperación necesaria de otra autoridad administrativa es posteriormente realizada.

(2) Actuaciones en virtud del apartado 1 pueden ser posteriormente cumplidas hasta el fin de la última instancia que se pronuncia sobre los hechos del proceso ante la Justicia Administrativa.

(3) 1 Si un acto administrativo se encuentra desprovisto de la fundamentación necesaria

to y de forma¹⁵ y el 47 prevé la conversión de un acto administrativo viciado por otro acto administrativo y establece los requisitos para ello.¹⁶

Se percibe así en la LPA la preocupación por la conservación de los efectos jurídicos del acto pese a su irregularidad en caso de determinados vicios.

8. Los artículos 48 y 49 refieren a la revocación del acto administrativo. El primero de los artículos citados regula el caso de *Rücknahme*, término que en francés es traducido por FROMONT como *retrait*¹⁷ y en español en el texto que estamos utilizando como *retiro*. El otro artículo regula el caso de *Widerruf*, término que es traducido como *révocation*¹⁸ y *revocación* en francés y español respectivamente.

o si la audiencia necesaria de una parte, previa al dictado de un acto administrativo, fue omitida y si, por eso, el plazo de la impugnación del acto administrativo no fue observado, la inobservancia del plazo del recurso no se considera culpa del impugnante. 2 El evento determinante para el plazo de reposición según el Artículo 32, apartado 2 ocurre en el momento de la realización posterior de la actuación procedimental omitida.”

15. “Artículo 46. Consecuencias de vicios del procedimiento y de forma.

La anulación de un acto administrativo, que no es nulo según el Artículo 44, no puede ser requerida solamente por el hecho de haber vulnerado reglas de procedimiento, de forma o de competencia en razón del territorio, si es evidente que la vulneración no ha influido en la decisión del fondo.”

16. “Artículo 47. Conversión de un acto administrativo viciado.

(1) Un acto administrativo viciado puede ser convertido en otro acto administrativo si éste tiene la misma finalidad, si la autoridad administrativa que lo dicta hubiera podido dictarlo lícitamente en el modo procedimental y en la forma realizada y si los requisitos para su dictado están cumplidos.

(2) 1 Apartado 1 ro no se aplica si el acto administrativo resultante de la conversión del acto administrativo viciado se encontraría en contradicción con la intención reconocible de la autoridad administrativa emisora, o si sus consecuencias jurídicas serían más desfavorables para el afectado que aquellas del acto administrativo viciado. 2 Además, una conversión es inadmisiblesi el acto administrativo viciado no podría ser retirado.

(3) Una decisión que solamente puede ser emitida en forma de decisión legalmente vinculada no puede ser convertida en una decisión discrecional.

(4) El Artículo 28 se aplica por analogía.”

17. FROMONT., Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., p. 1308.

18. FROMONT., Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification ...”, loc. cit., p. 1308.

Como en nuestro país no se emplea habitualmente el término *retiro* emplearé el término *revocación* en los dos artículos, revocación por razones de legitimidad en el caso del artículo 48 y revocación por razones de mérito en caso del artículo 49.

En este estudio centraré mi atención en el artículo 48.

- IV -

1. El artículo 48 de la LPA dice:

“Artículo 48. Retiro del acto administrativo ilícito.

(1) 1 Aun después de ser inimpugnable, un acto administrativo ilícito puede ser retirado, total o parcialmente, con efectos para el futuro o para el pasado. 2 Un acto administrativo que crea o confirma un derecho o una ventaja jurídicamente relevante (acto administrativo beneficioso-*begünstigender Verwaltungsakt*), sólo puede ser retirado bajo las restricciones de los apartados 2 a 4.

(2) 1 Un acto administrativo ilícito que garantiza una prestación monetaria única o periódica o una prestación material divisible o que es requisito para ello, no puede ser retirado en la medida que el beneficiario ha puesto confianza en la firmeza del acto administrativo y su confianza, ponderándola con el interés público en un retiro, es digna de protección. 2 La confianza es en principio digna de protección cuando el beneficiario ha realizado las prestaciones concedidas o si ha llevado a cabo una disposición patrimonial que no puede mas anular o sólo soportando prejuicios no exigibles. 3 El beneficiario no puede invocar la confianza, cuando él

1. obtuvo el acto administrativo mediante engaño doloso, amenaza o corrupción;

2. obtuvo el dictado del acto administrativo por indicaciones que eran incorrectas en aspectos esenciales o que eran incompletas;

3. conocía la ilicitud del acto administrativo o no la conocía por negligencia grave.

4. En los casos previstos en la tercera frase, el acto administrativo es en principio retirado con efecto retroactivo.

(3) 1 En caso de retiro de un acto administrativo ilícito, no compren-

dido en el apartado 2, la autoridad administrativa debe, a solicitud, recompensar al afectado el perjuicio patrimonial sufrido por su confianza en el acto administrativo, en la medida que su confianza, ponderándola con el interés público, es digna de protección. 2 Apartado 2º, 3ª frase se aplica. 3 Sin embargo, el perjuicio patrimonial no debe ser recompensado mas allá del monto del interés que el afectado tiene en la firmeza del acto administrativo. 4 El monto del perjuicio patrimonial a recompensar es fijado por la autoridad administrativa. 5 La pretensión sólo puede ser requerida dentro de un año; el plazo corre luego de que la autoridad administrativa lo comunicó al afectado.

(4) Cuando la autoridad administrativa tiene conocimiento de hechos que justifican el retiro de un acto administrativo ilícito, el retiro es admisible solo dentro de un año a partir del momento del conocimiento. Esto no se aplica en el caso del apartado 2, 3ra frase, nº 1.

(5) La autoridad administrativa competente en virtud del Artículo 3 decide sobre el retiro después de la inimpugnabilidad del acto administrativo; esto se aplica igualmente si el acto administrativo a retirar fue dictado por otra autoridad administrativa.”

2. Como se ha dicho, este artículo refiere a la revocación de un acto administrativo por razones de legitimidad (*Rücknahme, retrait, retiro*).

3. Conforme a lo dispuesto en su apartado primero, lo establecido en este artículo rige aún en el caso de actos inimpugnables.

Centraré mi atención en estos casos y no analizaré la revocación con recurso.

COVIELLO observa que la palabra inimpugnable, en alemán unanfechtbar, equivale en el derecho administrativo argentino a firmeza. Acto inimpugnable es un acto administrativo firme.¹⁹

Lo mismo se puede decir en nuestro medio. Pacíficamente entiende nuestra doctrina que acto administrativo firme es un acto inimpugnable.²⁰

19. COVIELLO, Pedro .J.J., *La protección de la confianza del administrado*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2004, p. 60, llamada 90.

20. CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Recurso erróneo contra un acto administrativo firme”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1957, t. 55, p. 36; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del acto administrativo”,

4. El primer apartado del artículo en estudio comienza sentando el principio de que todo acto administrativo ilegítimo puede ser revocado aún sin recurso y que dicha revocación puede incluso ser con efectos retroactivos. Pero enseguida establece una excepción a ese principio: el caso de los actos administrativos que crean o confirman un derecho o una ventaja jurídicamente relevante, es decir, el caso del acto administrativo beneficioso.

El acto administrativo beneficioso no puede en principio ser revocado aun por razones de legitimidad. Los apartados 2 a 4 de este artículo fijan estrictamente los requisitos para el *retiro* del acto administrativo beneficioso.

5. El apartado segundo impide el *retiro* del acto beneficioso que otorgue una prestación pecuniaria o material, en protección de la confianza que el beneficiario del acto ha puesto en la firmeza del mismo.

La ley recoge aquí la construcción jurisprudencial de protección de la confianza legítima, que se deriva del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y del principio de la buena fe.²¹

COVIELLO, en un intento de precisar la protección de la confianza legítima expresó:

“La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la

en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, pp. 206 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de Derecho Administrativo, vol. V*. Montevideo, 2007, p. 310; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad ...”, loc. cit., p. 234; ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., “Procedimiento recursivo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, (Coordinador). Universidad Católica del Uruguay/ Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político –Serie Congresos y Conferencias Nº 5, 3ª edición actualizada. Montevideo, 2000, p. 62.

21. PIELOW, Johann C., “El principio de la confianza legítima (Vertrauensschutz) en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativos”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*. Funeda. Caracas, 1998, pp. 101 y ss.; LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas. Madrid, 1993, pp. 95 y ss.; MÜLLER-GRUNE, Sven, “Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania”, en MACHADO ARIAS, Juan P., (coordinador) *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*. Konrad Adenauer Stiftung. México, 2009, p. 44.

seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño anti-jurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; de tratarse de un acto o comportamiento válido, su continuidad o permanencia; y, en los supuestos de revocación o modificación de actos válidos o de derogación de actos normativos (administrativos o legislativos), en la posibilidad del reconocimiento del derecho a una indemnización.”²²

La jurisprudencia alemana mencionada, relacionada con la protección de la confianza legítima, se formula especialmente a partir del caso denominado de la “viuda de Berlín”.

COVIELLO, con referencia a este caso, explicó:

“A través del pronunciamiento del Tribunal Administrativo Superior de Berlín, del 14/11/1956, se reconoció el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces República Democrática Alemana, a quien oficialmente se le había notificado que si se trasladaba a Berlín Occidental tendría derecho a percibir su pensión. Basada en la creencia de la corrección de lo informado por la Administración, la viuda concretó el cambio de radicación, con los gastos que ello significaba, y comenzó a percibir su pensión. Tiempo después se comprobó que no cumplía las condiciones legales, en virtud de la equivocada información que ha-

22. COVIELLO, Pedro J.J., *La protección...*, p. 462.

bía recibido, por lo que se le exigió que devolviera las sumas indebidamente abonadas.

La protección invocada por la viuda tuvo acogida en el tribunal alemán, decisión ésta que fue confirmada por el Tribunal Administrativo Federal el 25/10/1957. Lo más interesante del caso es que se resolvió no sólo que no correspondía la revocación *ex tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración tuvo que continuar pagando la pensión.²³

Sin perjuicio de lo expuesto, la ley indica que no se puede invocar la confianza y, por tanto, corresponde la revocación con efecto retroactivo cuando el beneficiario: a) obtuvo el acto mediante engaño doloso, amenaza o corrupción; b) obtuvo el acto por indicaciones incorrectas en aspectos esenciales o incompletas; c) conocía la ilicitud del acto administrativo o no la conocía por negligencia grave.

Fuera de esos casos precedentemente indicados la revocación por razones de legitimidad es posible en el plazo de un año, previa ponderación del interés público en el retiro con la protección de la confianza y pago de la indemnización por los perjuicios causados.²⁴

- V -

1. En el Uruguay no existe una ley nacional de procedimiento administrativo. El proyecto de Código de Luis VARELA, que refería fundamentalmente al Contencioso Administrativo pero contenía también una regulación del procedimiento administrativo,²⁵ nunca fue aprobado.

23. COVIELLO, Pedro J.J., *La protección ...*, loc. cit., pp. 37 y ss.

24. Excede el propósito de este trabajo el estudio detallado de este artículo. Por eso me remito a la excelente obra de COVIELLO ya citada (COVIELLO, Pedro J.J., *La protección ...*, pp. 56 y ss.). Ver también BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria", en *Revista Trimestral de Direito Público. Instituto de Direito Administrativo Paulista*. Malheiros Editores. São Paulo, N° 53, pp. 28 y ss.

25. VARELA, Luis, *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo. Ensayo de un Código sobre la materia*. Turenne, Varzi y C^a. Editores, Montevideo, 1906, t. II, pp. 328 y ss.

2. El procedimiento administrativo a nivel nacional está regulado por el decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, con las modificaciones dispuestas por el decreto N° 420/007, de 7 de noviembre de 2007.²⁶ Su Libro I refiere al procedimiento administrativo en general y el Libro II al procedimiento disciplinario.

Aunque formalmente este cuerpo normativo es un decreto del Poder Ejecutivo, sus disposiciones no tienen necesariamente naturaleza reglamentaria. En puridad se trata de un texto ordenado donde se recopilan en forma sistematizada principios generales del derecho y normas constitucionales legislativas y reglamentarias referidos a la materia. Es pues un verdadero código de procedimiento administrativo cuyos artículos tienen el valor y fuerza del mismo valor y fuerza de la regla de derecho de donde provienen.

3. No contiene ese código una definición general de procedimiento administrativo. Sí, en cambio, contiene una de procedimiento disciplinario. En tal sentido, el artículo 168 define al procedimiento disciplinario como “el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración en el ejercicio de sus poderes disciplinarios”.

Por eso CAJARVILLE PELUFFO, generalizando la definición del artículo 168 referida, definió el procedimiento administrativo “como el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración en el ejercicio de sus poderes, para dictar un acto administrativo o ejecutarlo.”²⁷

Esta definición de CAJARVILLE PELUFFO es pacíficamente admitida en nuestro medio. En puridad ella, así como la contenida en el artículo 168 del decreto N° 500/991 citado, parten de SAYAGUÉS LASO cuando definía al procedimiento administrativo como “el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración al desarrollar su actividad.”²⁸

26. Cuenta como antecedente inmediato el decreto N° 640/973, de 8 de agosto de 1973 y este a su vez, el decreto N° 575/966, de 23 de noviembre de 1966.

27. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., Sobre Derecho Administrativo*. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008, t. II, p. 165.

28. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1953, t. I, pp. 461 y ss.

4. El artículo 120 del decreto referido precedentemente define al acto administrativo como “toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos”.

Más allá de que estimo que debería decirse que acto administrativo es una declaración de voluntad de la Administración destinada a producir efectos jurídicos, debo admitir que la definición de nuestro derecho positivo es generalmente admitida.

5. Si comparamos estas definiciones con las de la LPA se advierte que nuestra definición de procedimiento administrativo incluye al procedimiento interno y la de acto administrativo incluye a los de efectos generales (artículo 120, inciso segundo), cosa que no sucede en el texto germano.

A los efectos del presente estudio referiré a la revocación de actos administrativos subjetivos, que nuestro Código de Procedimiento denomina *resoluciones* (artículo 120, inciso tercero), pues es lo que hemos analizado a la luz de la LPA.

- VI -

1. El decreto N° 500/991 no contiene un esbozo de una teoría general de las consecuencias de la irregularidad de un acto administrativo, como se ha visto contiene la LPA. No obstante, regula algunos aspectos relacionados con el tema.

2. El artículo 2 del decreto citado, en su literal g) recoge el principio de materialidad,²⁹ también llamado de trascendencia.³⁰

Este principio es desarrollado en el artículo 7. Este artículo establece: “Los vicios de forma de los actos de procedimiento no causan nulidad

29. Ver al respecto FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, “Principios del Procedimiento Administrativo”, en VV.AA., *El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. 2ª edición. Montevideo, 1991, p. 34.

30. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Introducción al procedimiento...”, loc. cit., p. 199; CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Procedimiento administrativo común”, en CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Sobre Derecho...*, t. II, pp. 247 y ss.

si cumplen con el fin que los determina y si no se hubieren disminuido las garantías del proceso o provocado indefensión. La nulidad de un acto jurídico procedimental no importa la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de aquél. La nulidad de una parte de un acto no afecta a las otras que son independientes de ella, ni impide que el acto produzca los efectos para los que es idóneo.”

CAJARVILLE PELUFFO comentando este artículo afirmó:

“El art. 7º consagra así el *principio de trascendencia*, propio de la teoría de las nulidades: el incumplimiento de la forma no se aprecia en sí mismo, sino en el agravio que produce. Pero acertadamente el Decreto aprecia esa trascendencia o relevancia en relación con el fin propio del acto de procedimiento vicioso y con las garantías que el derecho otorga al interesado en el procedimiento, y no en relación con la legalidad o ilegalidad material o de fondo del acto final.”³¹

Como se advertirá, es notoria la afinidad existente entre el artículo 46 de la LPA y el artículo 7 de nuestro decreto, en particular su primera parte.

3. El decreto N° 500/991, a diferencia de la LPA, no contiene ningún artículo que refiera de un modo general al saneamiento de vicio en las formalidades.

No obstante, refiere al tema al regular las potestades de la Administración al resolver el recurso jerárquico.

En tal sentido el artículo 165 establece:

“La resolución del recurso jerárquico confirmará, modificará o revocará total o parcialmente el acto impugnado. Cuando el jerarca estime que existe vicio de forma, podrá convalidar el acto impugnado, subsanando los defectos que lo invaliden.”

31. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Procedimiento administrativo común”, loc. cit., p. 247.

Es cierto que esta disposición refiere a la resolución del recurso jerárquico y no a la del de revocación. Pero esto es así para asignar tal potestad al órgano jerarca o aclarar la situación en caso de duda. Pero no es necesario decir nada con relación a la resolución de un recurso de revocación, porque va de suyo que la autoridad que dictó un acto puede, en el ámbito de un recurso de revocación, enmendar los errores formales padecidos y dictar el acto con las formalidades omitidas en el momento de resolver el recurso. Tanto es así que si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo anula un acto administrativo por un vicio de forma, nada impide que la Administración dicte de nuevo ese mismo acto cumpliendo con todas las formalidades exigidas.

Tampoco procede la convalidación de vicios formales por parte del Poder Ejecutivo al resolver un recurso de anulación, porque el Poder Ejecutivo no puede modificar el acto impugnado. En efecto, el artículo 167 del decreto N° 500/991 dice que este Poder “se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo”. Si no puede reformarlo, no puede subsanar los vicios formales padecidos.³²

4. No contiene nuestro decreto N° 500/991 un artículo como el 48 de la LPA que regula de una manera general la cuestión de la revocación de actos administrativos por razones de legitimidad. No obstante, el artículo 166 de nuestro decreto al regular los efectos de la resolución que haga lugar a un recurso interpuesto contra una norma general, contiene una solución que nos ilustra sobre cuál es la situación general en nuestro ordenamiento jurídico.

Analizaré este punto en un apartado separado, por la importancia que tiene para nuestro estudio.

32. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, pp. 186 y ss.

- VII -

1. El artículo 166 citado tiene como antecedente el artículo 143 del decreto N° 640/973, de 8 de agosto de 1973.

Este artículo 143 decía:

“La resolución que haga lugar al recurso interpuesto contra una disposición de carácter general, implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos dictados en aplicación de la misma.

En tal caso, la resolución del recurso deberá publicarse en el ‘Diario Oficial’.”³³

En un viejo trabajo publicado originalmente en 1989³⁴ me referí al tema de la siguiente manera:

“El acogimiento del recurso puede implicar la derogación o modificación del reglamento impugnado (si se trata de los recursos de revocación o jerárquico a nivel nacional o de los recursos de reposición o apelación a nivel departamental) o su anulación (si se trata del recurso de anulación interpuesto para ante el Poder Ejecutivo, contra los actos de los Servicios Descentralizados).

En todos estos casos se produce una alteración del ordenamiento jurídico objetivo por lo que el acto que resuelve el recurso debe llevar forma de reglamento.

33. El artículo 143 del decreto N° 640/973 transcrito proviene, con la misma redacción, del artículo 107 del decreto N° 575/966, de 23 de noviembre de 1966, con la única diferencia que este artículo 107 contenía al final la siguiente referencia: “(Dec. 12- V- 64, art. 30)”.

Esa referencia es parcialmente incorrecta ya que el artículo que corresponde es el 28 y no el 30. En definitiva el texto del artículo 143 del decreto N° 640/973 proviene del artículo 28 del decreto de 12 de mayo de 1964.

34. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Impugnación de reglamentos”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo...*, pp. 251 y ss.

En los casos en que el acogimiento del recurso implique la derogación o reforma del reglamento impugnado, el artículo 143 del decreto 640/973, de 8 de agosto de 1973 prescribe su publicación en el Diario Oficial. Es cierto que el referido Decreto es aplicable solo en la Administración Central, pero tratándose de una solución de principio, ella se aplica en todos los casos aún fuera del ámbito de aplicación del citado decreto; aunque sea por analogía, ya que se dan todos los presupuestos (afinidad de hechos e identidad de razón)³⁵ para ello. Y por las mismas razones, se impone la publicación en el Diario Oficial del acto que hace lugar a un recurso de anulación aunque nada diga expresamente el Derecho positivo.

La derogación implicará el cese de los efectos del reglamento impugnado; la modificación, el cese de los efectos afectados por el acto que acoge la impugnación y el surgimiento de nuevos efectos previstos en el nuevo acto o simplemente el surgimiento de nuevos efectos; y la anulación implicará la extinción del reglamento recurrido. En todos estos casos, los efectos del acto que hace lugar al recurso son *erga omnes* como toda modificación del Derecho objetivo, pero el ámbito temporal de vigencia de los mismos dependerá de la causal invocada. Comúnmente se habla de las causales de mérito o de legitimidad, por lo que corresponde su análisis por separado.

a) impugnación por razones de mérito.

La doctrina admite que por vía de los recursos de revocación, reposición, jerárquico y apelación pueda impugnarse un acto por razones de mérito. No procede el mérito en cambio en el recurso de anulación que sólo admite la causal de legitimidad.

Tratándose de un acto subjetivo es admisible el mérito ya que si bien la Administración debe actuar siempre para el fin debido, teóricamente puede encontrarse ante dos o más opciones igualmente válidas. Pero la situación no es la misma ante un acto regla y debe tenerse

35. BARBÉ PÉREZ, Héctor, “La analogía como método y técnica de integración del Derecho”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1964, t. 61, pp. 25 y ss.

en cuenta que al impugnarse un reglamento, se procura una alteración en el Derecho objetivo.

Nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un reglamento, dice la jurisprudencia francesa;³⁶ el ordenamiento jurídico general debe poder evolucionar, opina AUVRET;³⁷ “porque ninguna cosa non puede ser en este mundo fecha que algunt emendamento non haya de haber”, arguye ALFONSO EL SABIO en sus Partidas³⁸ Pero razones de orden y certeza obstan la modificación excesivamente frecuente o inmotivada del ordenamiento objetivo. Por eso, inspirada en la prudencia política de la que nos hablaba ARISTÓTELES,³⁹ las Siete Partidas fijaban las condiciones precisas para enmendar las leyes.⁴⁰ Y por eso Santo TOMÁS, luego de decir que “la ley humana es un dictado de la razón que guía los actos humanos” deducía que la ley puede cambiarse justamente por dos causas: “de parte de la razón, porque es natural que pueda ésta llegar paulatinamente de lo

36. LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Sirey, París, 1979, p. 169.

37. AUVRET, Patrick, *La notion de droit acquis en Droit administrative français*. Revue du Droit public et de la Science Politique en France et a l'étranger. París, 1985, vol. 1, p. 59.

38. *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*. Librería de Rosa y Bouret. París, 1861, t. I, p. 15.

39. ARISTÓTELES, *Moral o Nicómaco*. Colección Austral. Espasa Calpe S.A. Madrid, 1972, p. 162.

40. *Ley XVII. Por quales razones se deben emendar las leyes*. Porque ninguna cosa non puede ser en este mundo fecha que algunt emendamento non haya de haber; por ende si en las leyes acaescieren algunas cosas que sean hi puestas que se deban emendar, hase de facer desta guisa: si el rey lo entendier, primero que haya su acuerdo con homes buenos et entendudos et sabidores del derecho, et cate bien quales son aquellas cosas que se debe emendar, et esto que lo faga con los mas homes buenos que podiere hacer, et de mas tierras porque sean muchos en el acuerdo ca maguer el derecho noble cosa es et buena, quanto mas acordado es et mas entendido, tanto es mejor et mas firme. Et quanto desta guisa fuere bien acordado, debe el rey facer saber por su tierra los yerros que ante habie en las leyes en que eran, et como tiene por derecho de mudarlas; et esta es una de las mayores et mejores maneras por do emendar se puedan. Pero si el rey tantos homes non pudiere haber, ni tan entendudos ni tan sabidores, halo de facer con aquellos que entendiere que mas aman á Dios, et á él et al pro de la tierra.” (Las Siete Partidas^{1/4}, ps. 15 y 16).

imperfecto a lo perfecto” y de parte de los hombres cuya conducta regula dicha ley al mudarse las condiciones de éstos;⁴¹ pero luego aclaraba “La ley humana puede cambiarse rectamente en cuanto dicho cambio sea necesario para la mayor utilidad del pueblo. Mas la misma mutación de la ley, por sí misma, engendra ya un cierto detrimento al bien común; porque mucho cuenta la costumbre para la observancia de la ley. Por lo mismo, cuando se cambia una ley, disminuye su fuerza coactiva, favorecida por la costumbre. Por tanto nunca ha de cambiarse una ley, a menos que los inconvenientes del cambio compensen”⁴²

Lo expuesto revela que el cambio del ordenamiento objetivo es debido o no procede, lo que hace desaparecer la opción, propia del mérito, y traslada la cuestión al ámbito de la legitimidad.

Pero aún debemos –para poder precisar los efectos del acto que hace lugar al recurso– analizar dos situaciones: la primera, si el acto en el momento de dictado fue apto para el fin debido pero luego perdió esa condición; la segunda, si *ab initio* no fue apto para el fin debido.

En el primer caso –y siempre que no haya habido decaimiento–, como es en el momento de la resolución del recurso que se aprecia el cambio de las circunstancias y “como la justicia no puede darse en el desorden que resultaría de la constante sustitución de las consecuencias jurídicas de las situaciones pasadas producida por la retroactividad”,⁴³ en principio, los efectos de la derogación o modificación serán *ex nunc*. Aunque podrían excepcionalmente ser *ex tunc* así lo exige el interés público y no se lesionan derechos adquiridos.

41. TOMÁS de AQUINO, “Suma Teológica. Tratado de la Ley. Capítulo VIII (I, II, cuestión 97, artículo 1)”, en TOMÁS DE AQUINO. *Tratado de la Ley - Tratado de la Justicia - Opúsculo sobre el Gobierno de los Príncipes*. Editorial Porrúa S.A. México, 1975, p. 47.

42. TOMÁS de AQUINO, op. cit., loc. cit., p. 48.

43. LEVRERO BOCAGE, Constancio. “Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. Cuaderno N° 22, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1968, p. 263.

En cambio si el reglamento resulta *ab initio* inapto para el fin debido, se encuentra en la misma situación que las comúnmente consideradas de legitimidad que veremos a continuación.

b) impugnación por razones de legitimidad.

La impugnación por razones de legitimidad procede en todos los recursos.

Como, salvo el caso recientemente analizado, la legitimidad se juzga a la fecha de la emisión del acto y como los recursos en nuestro sistema tienen un marcado acento subjetivo, pues responden primordialmente a la defensa de los derechos e intereses de los administrados⁴⁴, la Administración ante tal causal no tiene opción, debe acoger el recurso con efectos *ex nunc*⁴⁵.

Tan es así que si se ha deducido la acción de nulidad y la Administración hace lugar a la impugnación pero con efectos *ex nunc*, no cesa la materia de la contienda pues continúan los efectos del acto primitivo hasta la fecha de la resolución del recurso⁴⁶. Y esto es recogido por el artículo 95 del decreto-ley 15.524.

O sea, la derogación y la modificación en el caso producen una alteración de los efectos del reglamento impugnado a la fecha de su emisión; la anulación provoca su extinción a la misma fecha, como si nunca hubiera existido⁴⁷.

Pero esta afirmación requiere algunas precisiones.

44. MÉNDEZ, Aparicio. "La descentralización. Concepto y caracteres", en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1979, t. I, pp. 263-264.

45. Naturalmente que ello en el ámbito y en el sentido del recurso ya que por lo no recurrido se rige por otros principios.

46. GIORGI, Héctor. *El contencioso administrativo de anulación*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1958, p. 278.

47. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Revocación del acto administrativo*. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, t. IV, Octubre-Noviembre de 1987, Nº 21, p. 161.

Por lo pronto, el artículo 143 del decreto 640/973 ya citado establece que en caso de derogación o reforma del reglamento impugnado subsistirán los actos dictados en aplicación del mismo.

Obviamente que la norma se refiere a la derogación o reforma con efectos retroactivos, de lo contrario ella sería innecesaria. Y obviamente se refiere a actos de ejecución no impugnados ya que los impugnados pueden ser objeto de revisión al considerarse los respectivos recursos. Y este artículo no hace otra cosa que recoger un principio que surge claramente de nuestro sistema que impide la revocación de los actos administrativos firmes y estables⁴⁸, por lo que resulta aplicable en todos los casos, aún fuera del ámbito de aplicación del mencionado decreto 640/973. Y por iguales razones, lo expuesto resulta también aplicable en caso de anulación en vía administrativa aunque nada diga al respecto expresamente el Derecho positivo.

Pero ocurre que los derechos que puede crear el reglamento⁴⁹ asumen la calidad de derechos adquiridos solo cuando ingresan al patrimonio de un sujeto⁵⁰ y esto se produce no solamente por imperio del acto subjetivo dictado en ejecución del reglamento⁵¹ sino también, a veces, cuando ocurre el supuesto de hecho previsto por el acto reglamentario sin necesidad de que se dicte acto jurídico alguno.

¿Y qué ocurre en esta última hipótesis? A nuestro juicio, la salvaguardia de los derechos adquiridos —que en definitiva es lo que configura el fundamento de la estabilidad del acto—, asegura también la intangibilidad de éstos cuando existen, pese a los efectos *ex tunc* del acto que resuelve el recurso, aún en ausencia de textos expresos que consagren tal solución. La Administración no puede causar perjuicios innecesarios.

48. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Revocación ...*, loc cit., pp. 167 y ss.

49. HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit administratif et de Droit public*. Dixième Edition. Librairie de la Société du Recueil Sirey. París, 1921, p. 56.

50. SOTO KLOSS, Eduardo. “Los derechos adquiridos en el Derecho público chileno (Réquiem para una ineptia doctrinaria)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Santiago, 1984, t. 81, primera parte, sección Derecho, p. 21.

51. AUVRET, Patrick. *La notion de droit acquis...*, loc. cit., p. 68.

Pero procede aún una precisión más. Adviértase que en la especie no hay un acto subjetivo de aplicación; no ha sido pues posible un recurso al respecto por lo que la Administración no puede alegar razones de firmeza. Por tanto, si ese derecho adquirido del tercero resulta incompatible con el del recurrente, aquél –en razón de su ilegitimidad– habrá de ceder ante el de éste, de lo contrario carecería de sentido el recurso.

O sea, los efectos *ex tunc* de la derogación, reforma o anulación en sede administrativa de un reglamento como consecuencia de un recurso por razones de legitimidad, solo pueden afectar derechos de terceros cuando han sido adquiridos sin necesidad de acto de ejecución alguno al verificarse el supuesto de hecho previsto por el reglamento, si esos derechos resultan incompatibles con el del recurrente.”

2. En función de las ideas expuestas precedentemente, redacté el texto del actual artículo 166 del decreto N° 500/991.

Este artículo dice así:

“La resolución que haga lugar al recurso interpuesto contra una norma de carácter general, implicará la derogación, reforma o anulación de dicha norma según los casos. Sus efectos serán generales y, en los casos de anulación o derogación o reforma por razones de legitimidad serán además con efectos retroactivos (*‘ex tunc’*), sin perjuicio de que subsistan:

- a. los actos firmes y estables dictados en aplicación de la norma impugnada; y,
- b. los derechos adquiridos directamente al verificarse el supuesto de hecho previsto en dicha norma sin necesidad de acto de ejecución alguno que no resulten incompatibles con el derecho del recurrente. En todos los casos previstos en este artículo, la resolución del recurso deberá publicarse en el ‘Diario Oficial’.”

Como se advertirá este artículo no pretende innovar la solución prevista en el artículo 143 del decreto N° 640/973 que, como se ha visto, proviene del decreto de 12 de mayo de 1964, sino precisar algunas cuestio-

nes que a mi juicio se desprendían implícitamente del texto y del contexto de nuestro ordenamiento jurídico que, por cierto, incluye los principios generales del derecho.

Declaro que tuve muy presente al respecto la jurisprudencia francesa originada a partir del fallo Dame CACHET del Consejo de Estado de 3 de noviembre de 1922,⁵² la jurisprudencia argentina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso CARMAN DE CANTÓN de 1936,⁵³ así como los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional sobre Procedimiento Administrativo argentina (ley N° 19.549 de 3 de abril de 1972 modificada por la ley N° 21.686 de 1977).

El artículo 166 del decreto N° 500/991 se orienta además en el sentido de la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés (C.E. 3 de diciembre de 1957, arrêt CAUSSIDÉRY y otros),⁵⁴ y se encuentra en la línea del artículo 73 de la ley 29/1998, de 13 de julio de 1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española y del artículo 46.4 del Proyecto de Código Procesal Administrativo modelo para América Latina elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ.⁵⁵

52. HAURIOU, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Sirey. Paris, 1929, t. II, pp. 100 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Del fallo Dame CACHET al decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo...*, pp. 167 y ss.

53. LINARES, Juan F. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1975, pp. 349 y ss.; COMADIRA, Julio R. *La anulación de oficio del acto administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1981, pp. 75 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Revocación del acto...”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo...*, pp. 210 y ss.

54. AUBY, Jean M. /DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1962, t. III, p. 106; ODENT, Raymond. *Contentieux administratif*. Les Cours de Droit, Paris, 1970-1971, 2ème Tirage, fascicule VI, p. 1607; DEBBASCH, Charles/ RICCI, Jean C., *Contentieux Administratif*, Dalloz, Paris, 1985, p. 829.

55. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús/ CASSAGNE, Juan C. *La justicia administrativa en Iberoamérica*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005, p. 115; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La administración ante el reglamento ilegal”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Público...*, vol. II, p. 316.

Este artículo 166 presupone la inviabilidad jurídica de la revocación de un acto administrativo firme y estable⁵⁶ aun por razones de legitimidad. He sustentado esta posición en reiteradas oportunidades.⁵⁷ He reaccionado así contra la tradicional tesis de REAL quien sostenía el deber de la Administración de revocar los actos administrativos ilegítimos aun sin recurso y aun si fuesen creadores de derechos,⁵⁸ recientemente compartida por CAJARVILLE PELUFFO⁵⁹ y admitida por la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Sin perjuicio de reconocer que la jurisprudencia mayoritaria se ha orientado en el sentido de la tesis de REAL advierto que existen sentencias en la línea por mí sustentada. De especial importancia en este aspecto es la sentencia N° 13, de 12 de agosto de 2005 del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno⁶⁰

56. La estabilidad es la restricción a la revocabilidad del acto o su anulación y ella deriva de las condiciones de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos. Ver CAJARVILLE PELUFFO, Juan P. "Recursos administrativos", en *AA.VV. Procedimiento Administrativo*. Acalí Editorial. Montevideo, 1977, p. 100; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Revocación del acto ...", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo ...*, pp. 349 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "La presunción de legitimidad ...", loc. cit., p. 239.

57. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Revocación del acto ...", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo ...*, pp. 206 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Cosa juzgada administrativa", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo ...*, pp. 352 y ss.

58. REAL, Alberto, R. "Extinción del acto administrativo creador de derechos", en *REAL, Alberto, R., Estudios sobre derecho administrativo*. F.C.U. Montevideo, 1967, t. II, p. 46; REAL, Alberto, R. *Nuevos estudios de derecho administrativo*. Acalí Editorial. Montevideo, 1976, pp. 84 y ss.

59. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Cuestiones sobre la revocación o reforma de los actos administrativos", en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., Sobre derecho ...*, t. II, pp. 126 y ss.

60. El caso fue el siguiente:

Una empleada doméstica se jubiló. Tiempo después presentó al Banco de Previsión Social una solicitud de publicación, una solicitud de jubilación por edad avanzada. Como consecuencia de esa petición se realizó una investigación sobre la jubilación ya otorgada y a raíz de ella el Banco consideró que la pasividad doméstica había sido otorgada ilegítimamente. En consecuencia, revocó de oficio el acto que otorgó esa jubilación por razones de legitimidad e intimó el reintegro de toda la pasividad

Al no existir en el Uruguay una disposición como el artículo 48 de la LPA, no he sostenido las disquisiciones allí previstas puesto que son propias del derecho positivo. Pero sí he sostenido que es preciso distinguir entre inexistencia e ilegitimidad. Ante inexistencia del acto no puede existir cosa juzgada administrativa o estabilidad, porque precisamente no hay acto; ante una ilegitimidad, es decir ante un vicio en los presupuestos o elementos del acto, cualquiera sea su entidad, sí.

percibida indebidamente, bajo apercibimiento de acción judicial. Al no producirse el pago, el Banco de Previsión Social inició acción judicial reclamando la suma de \$ 158.546 indexada, con intereses e ilíquidos.

La demanda fue rechazada en todos sus términos por la sentencia indicada.

En dicha sentencia, luego de mencionarse en el CONSIDERANDO XXVI la conocida tesis de REAL al respecto, se expresa: “XXVII.- Para el Sentenciante, en cambio, el principio de legalidad objetiva es tutelar de la persona humana, es decir, preserva al administrado de la discrecionalidad de la Administración, mediante el ajuste de la misma a derecho, a normas generales de aplicación en todos los casos. Pero ese principio tutelar de la persona humana no puede transformarse en la herramienta mediante la cual se terminen desconociendo los derechos de los propios individuos.

XXVIII.- El apego de la Administración a la ‘legalidad’ pasa a un segundo plano ante ciertos derechos fundamentales de las personas, como es el derecho humano a la seguridad jurídica, por lo que -debe pregonarse claramente- ciertas situaciones serán inmodificables, aún cuando el acto que les da nacimiento adolezca de un vicio que lo haga susceptible de anulación.

XXIX.- Ante un acto administrativo particular o resolución, art. 120, inc. 3º Dec. 500/991, viciado pero que ha generado efectos jurídicos durante largos períodos, que permitan sin hesitaciones establecer a la situación como de ‘derecho adquirido’, la potestad revocatoria de la Administración cede ante el derecho particular que es concedido en el acto. En nuestro ordenamiento, la tutela de la ‘legalidad’ no está por encima de la tutela de la persona humana y de sus derechos fundamentales reconocidos expresa o implícitamente, art. 7, 72 y 332 de la Constitución.

XXX.- Se trata de ‘actos estables’ para no utilizar la terminología más resistida de ‘cosa juzgada administrativa’, especialmente denostada por Real, para quien ‘no hay ... cosa juzgada administrativa, porque el ejercicio de función jurisdiccional por órganos administrativos es un sacrilegio constitucional’ (REAL, A.: ‘La fundamentación del Acto Administrativo’, LJU, t. 80, p. 9).

XXXI.- Empero la opinión del ilustradísimo doctrino, existe a criterio de este decisor un derecho humano fundamental a la seguridad jurídica, de expreso reconocimiento Constitucional en el art. 7º de la Carta, por el cual determinadas situaciones jurídicas, una vez consolidadas, se vuelven inmodificables, aún cuando -repetimos- el acto

De manera que ante un acto ilegítimo, aunque posea un vicio grave, si ese acto es firme y estable no se puede revocar.⁶¹

No obstante, luego de esta afirmación he efectuado una salvedad: esa restricción a la revocabilidad del acto no procede cuando existen manio-

que les ha dado nacimiento adolezca de un vicio que lo torne anulable. Tal es lo que ocurre a criterio de este juzgador en el caso de autos.

XXXII.- Esta posición ha sido sostenida en nuestro derecho por el Prof. Augusto Durán Martínez, para quien: ‘...La seguridad jurídica deriva, a nuestro juicio, a la vez de la naturaleza de ser sustancial y racional del hombre. Es pues de raíz natural. Pero además, en el Derecho Constitucional Uruguayo, por derivar de la esencia misma del hombre, está comprendido en el art. 72 de la Constitución. Eso hace que en nuestro derecho positivo la seguridad jurídica sea un principio general de Derecho de máximo valor formal. Y de allí radica el fundamento de la cosa juzgada ... Y ese fundamento de la cosa juzgada judicial es el mismo de la llamada cosa juzgada administrativa, o como se dice en nuestro medio, de la estabilidad del acto administrativo... Las mismas razones existentes para predicar la inmutabilidad de una sentencia injusta, existen para predicar la inmutabilidad de un acto administrativo creador de derechos, aunque sea ilegítimo ...’ (Durán Martínez, A.: ‘Cosa Juzgada Administrativa’, en ‘Estudios de Derecho Administrativo’ Parte General, Mvd. 2003, p. 351).

XXXIII.- El acto administrativo no pasa a la autoridad de cosa juzgada por no haber sido recurrido, por ser firme, sino por la situación de fondo, es decir, por haber dado nacimiento a derechos que se adquieren en el patrimonio de terceros.” En el CONSIDERANDO XXXIV la sentencia evocó con acierto el conocido fallo ‘Dame Cachet’ del Consejo de Estado francés y en el CONSIDERANDO XXXV el caso ‘Carman de Canton’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la República Argentina, caso de notable parecido al tratado en el Juzgado de Paz Departamental de San José. Luego el Sentenciante continuó:

“XXXVI.- Sostener la irrestricta potestad de la Administración Pública de revocar de Oficio y sin recursos los actos administrativos viciados, sin limitaciones, es consagrar una potestad revisiva cuyos alcances podrían llegar incluso a desconocer la estabilidad en el cargo de los funcionarios de la Administración, aún los Magistrados, toda vez que algún vicio alcance al acto en que fueron designados, que pudiera ser puesto de manifiesto sin limitación, temporal por parte de la propia autoridad que lo ha dictado.

XXXVII.- Como se estableciera en la propia sentencia citada en el caso ‘Carmen (Sic) de Cantón’ (num. 3º) ‘... el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inconvencibles, porque de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible...’ (Ver La Justicia Uruguaya, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166, pp. J-300 y ss.).

61. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Cosa juzgada ...”, loc. cit., p. 354.

bras fraudulentas o dolo del beneficiario. Es que si el fundamento de la estabilidad es la seguridad jurídica, no parece razonable que se beneficie de ella el que con dolo o maniobras fraudulentas obtuvo en su favor un acto ilegítimo.⁶²

Como se percibe, hay aquí también una coincidencia entre mi pensamiento y lo dispuesto en los numerales 1 a 3 del apartado 2, del artículo 48 de la LPA. No es de extrañar, pues esto es una cuestión de principio.

A esa salvedad he agregado una precisión. Esos derechos adquiridos con ilegitimidad en virtud de dolo o maniobras fraudulentas pueden consolidarse por prescripción conforme al Derecho común. Existiendo prescripción el acto es estable aunque haya existido dolo o fraude. No debe olvidarse en definitiva que el fundamento de la prescripción es el mismo que el de la cosa juzgada.⁶³

3. Mi concepción así como la de la sentencia N° 13, de 12 de agosto de 2005, del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno citada, se ha basado en la seguridad jurídica y en los derechos adquiridos.

Es que ese es el fundamento de los fallos Dame CACHET y CARMAN de CANTÓN ya mencionados, de los cuales he partido.

Con el tiempo he advertido que la protección de la confianza legítima desarrollada por los alemanes, no solo no es incompatible con lo que he sustentado, sino que desde otra perspectiva coadyuva a sostener la estabilidad de los actos firmes creadores de beneficios.⁶⁴

Tengo el convencimiento de que en la medida en que se profundice en nuestro medio el conocimiento de la noción de la protección de la confianza legítima se dará un muy importante paso para el afianzamiento del Estado de Derecho.

62. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Cosa juzgada ...", loc. cit., p. 354.

63. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Cosa juzgada ...", loc. cit., p. 354.

64. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2007, vol. V, pp. 139 y ss. y 236; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2010, vol. VI, p. 211 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Moral o Nicómaco*. Colección Austral. Espasa Calpe S.A. Madrid, 1972.
- AUBY, Jean M. /DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, t. III. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1962.
- AUVRET, Patrick, *La notion de droit acquis en Droit administrative français*, vol. 1. Revue du Droit public et de la Science Politique en France et a l'étranger. París, 1985.
- BARBÉ PÉREZ, Héctor, "La analogía como método y técnica de integración del Derecho", t. 61, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1964.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria", en *Revista Trimestral de Direito Público*, Nº 53. Instituto de Direito Administrativo Paulista. Malheiros Editores. São Paulo.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*. Editorial. Tecnos. Madrid, 1973.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P. "Recursos administrativos", en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*. Acali Editorial. Montevideo, 1977.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Cuestiones sobre la revocación o reforma de los actos administrativos", en CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Introducción al procedimiento administrativo uruguayo", en CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Procedimiento administrativo común", en CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "Recurso erróneo contra un acto administrativo firme", t. 55, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1957.

- COMADIRA, Julio R. *La anulación de oficio del acto administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1981
- COVIELLO, Pedro .J.J., *La protección de la confianza del administrado*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2004.
- DEBBASCH, Charles/ RICCI, Jean C., *Contentieux Administratif*, Dalloz, Paris, 1985.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Del fallo Dame CACHET al decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del acto administrativo”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto., Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Impugnación de reglamentos”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Cosa juzgada administrativa”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*, vol. V. Montevideo, 2007.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Público*, vol. II. Montevideo, 2008.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La administración ante el reglamento ilegal”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público*, vol. II. Montevideo, 2008.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*, vol. VI. Montevideo, 2010.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., “Procedimiento recursivo”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, (Coordinador)*. Universidad Ca-

- tólica del Uruguay/ Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político –Serie Congresos y Conferencias N° 5, 3ª edición actualizada. Montevideo, 2000.
- FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. La codification du droit administratif par la loi du 25 mai 1976”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, N° 6. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Paris. Novembre-décembre 1977.
- FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1976, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, N° 2. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Paris. Mars-avril 1978.
- FRUGONE SCHIAVONNE, Héctor, “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 74, N° 1 al 10. Montevideo, 1974.
- FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, “Principios del Procedimiento Administrativo”, en VV.AA., *El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. 2ª edición. Montevideo, 1991.
- GIORGI, Héctor. *El contencioso administrativo de anulación*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1958.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús/ CASSAGNE, Juan C. *La justicia administrativa en Iberoamérica*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit administratif et de Droit public*. Dixième Edition. Librairie de la Société du Recueil Sirey. Paris, 1921.
- HAURIOU, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II. Sirey. Paris, 1929.
- LA JUSTICIA URUGUAYA, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166.
- LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas. Madrid, 1993.
- Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, t. I. Librería de Rosa y Bouret. París, 1861.

- LEVRERO BOCAGE, Constancio. “Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. Cuaderno N° 22, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1968.
- LINARES, Juan F. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1975.
- LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Sirey, París, 1979.
- MÉNDEZ, Aparicio. “La descentralización. Concepto y caracteres”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I. Universidad de la República. Montevideo, 1979.
- MÜLLER-GRUNE, Sven, “Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania”, en MACHADO ARIAS, Juan P., (coordinador) *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*. Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.
- ODENT, Raymond. *Contentieux administratif*. Les Cours de Droit, 2ème Tirage, fascicule VI, París, 1970-1971.
- PIELOW, Johann C., “El principio de la confianza legítima (vertrauensschutz) en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativos”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*. Funeda. Caracas, 1998.
- REAL, Alberto, R. “Extinción del acto administrativo creador de derechos”, en REAL, Alberto, R., *Estudios sobre derecho administrativo*, t. II. F.C.U. Montevideo, 1967.
- REAL, Alberto R., “La codificación del derecho administrativo general en Alemania Federal (Derecho de defensa y participación democrática de los administrados)”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I. Universidad de la República. Montevideo, 1978.
- REAL, Alberto, R. *Nuevos estudios de derecho administrativo*. Acalí Editorial. Montevideo, 1976.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I. Montevideo, 1953.

- SOTO KLOSS, Eduardo. “Los derechos adquiridos en el Derecho público chileno (Réquiem para una inepticia doctrinaria)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 81, primera parte, sección Derecho, . Santiago, 1984.
- TOMÁS de AQUINO, “Suma Teológica. Tratado de la Ley. Capítulo VIII (I, II, cuestión 97, artículo 1)”, en TOMÁS DE AQUINO. *Tratado de la Ley - Tratado de la Justicia - Opúsculo sobre el Gobierno de los Príncipes*. Editorial Porrúa S.A. México, 1975.
- VARELA, Luis, *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo. Ensayo de un Código sobre la materia*, t. II. Turenne, Varzi y C^a. Editores, Montevideo, 1906.



Tendencias de los procedimientos administrativos en Venezuela

*Por Víctor Rafael Hernández-Mendible**

I. INTRODUCCIÓN

El Congreso de la República sancionó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en 1981¹ –hoy en día vigente–, que entró en vigor exactamente seis meses después de su promulgación,² es decir, el día 2 de enero de 1982.

Esta Ley estableció con carácter general el conjunto de principios y disposiciones comunes aplicables a todos los procedimientos administrativos de naturaleza constitutiva o de primer grado, así como los revisorios o de segundo grado, sin perjuicio de las reglas especiales contempladas en otros textos jurídicos, que se deben aplicar de manera preferente a las disposiciones contenidas en dicha Ley.³

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no tuvo como objeto eliminar la diversidad de procedimientos en sede administrativa,

* Doctor en Derecho. Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Monteávila (Venezuela) e invitado en las Maestrías de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad ESAN de Perú. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. www.hernandezmendible.com

1. Gaceta Oficial N° 2.818, de 1° de julio de 1981.

2. Artículo 108 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

3. Artículos 30 al 37 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Gaceta Oficial N° 22.921, de 22 de diciembre de 1965, reformada mediante Decreto N° 1.556, con fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en Gaceta Oficial N° 5.554, de 13 de noviembre de 2001, parcialmente reformado por el Decreto N° 6.286, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en Gaceta Oficial N° 5.892, de 31 de julio de 2008, que regula tal procedimiento administrativo en los artículos 56 al 62.

sino recoger el desarrollo jurisprudencial realizado por el Máximo Tribunal de la República y la doctrina científica existente para la época y otorgarle rango de derecho positivo, para regular la actividad formal de los órganos del Poder Público en ejercicio de la función administrativa y de los entes integrantes de la Administración Pública.

Este texto legal fue complementado por los reglamentos,⁴ que vinieron a garantizar su ejecución, así como por una abundante doctrina jurídica y un valioso desarrollo jurisprudencial, efectuado por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

En el año 1999, –escasos meses antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999–, el Ejecutivo Nacional en ejercicio de las atribuciones otorgadas por la Ley Habilitante que le había autorizado el Congreso de la República, dictó el Decreto con rango y fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos,⁵ que venía a introducir un relevante impacto en la tramitación de los procedimientos administrativos, sin señalar que derogaba total o parcialmente –al menos de manera formal– la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999,⁶ se termina de zanjar la polémica sobre el rango constitucional del procedimiento administrativo, al establecer de manera detallada los derechos constituciona-

4. Decreto N° 1.364, de 30 de diciembre de 1981, del reglamento de registro de presentación de documentos; Resolución N° 1.304, de 30 de diciembre de 1981, reglamentaria sobre recepción y remisión de documentos por correo, publicados ambos en Gaceta Oficial N° 32.385, de 4 de abril de 1982; Instructivo N° 7, de 23 de abril de 1986, sobre simplificación e información de los procedimientos administrativos, publicado en Gaceta Oficial N° 34.457, de 25 de abril de 1986; Decreto N° 1814, de 23 de abril de 1997, del reglamento parcial de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre servicios de información al público y recepción y entrega de documentos, publicado en Gaceta Oficial N° 36.199, de 6 de mayo de 1997.

5. Gaceta Oficial N° 5.393, de 22 de octubre de 1999, reimpresa por error material en Gaceta Oficial N° 36.845, de 7 de diciembre de 1999. Este texto fue derogado por el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicado en Gaceta Oficial N° 5.891, de 31 de julio de 2008.

6. Gaceta Oficial N° 36.860, de 30 de diciembre de 1999; reimpresa por error material en Gaceta Oficial N° 5.453, de 24 de marzo de 2000 y enmendada, según Gaceta Oficial N° 5.908, de 19 de febrero de 2009.

les que tienen las personas dentro del procedimiento en sus relaciones con la Administración Pública,⁷ así como la obligación de ésta de actuar al servicio de los ciudadanos, con fundamento en el principio, en el deber y en el derecho constitucional a la Buena Administración, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.⁸ Este proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo como rama de la ciencia jurídica que regula a la Administración Pública en sus relaciones con las personas ha sido descrito y analizado por la doctrina científica.⁹

En cumplimiento de la Constitución, el Poder Legislativo sancionó la Ley Orgánica de la Administración Pública,¹⁰ que también vino a incidir en la tramitación de los procedimientos administrativos, dado que por vez primera se establecieron legalmente los principios que deben regir la expedición de los reglamentos y demás actos administrativos generales, a través del procedimiento administrativo de consultas públicas.

El proceso de reformas de tercera generación tanto en la Administración Pública como en los procedimientos administrativos, plantean la necesidad de revisar la dispersión de textos jurídicos que regulan la actividad administrativa formal de las distintas Administraciones Públicas, para determinar si se encuentran en armonía con las nuevas realidades económicas, tecnológicas, sociales y culturales.

Ello así, en aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el presente trabajo en los siguientes aspectos a saber: El régimen de los procedimientos administrativos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (II); los procedimientos administrativos para la expedición de actos administrativos normativos (III); las medidas cautelares o provisionales en los procedimientos administrativos (IV); y por último, las consideraciones finales (V).

7. Artículos 49 y 143 de la Constitución.

8. Artículo 141 de la Constitución.

9. Allan R. Brewer-Carías, Marco constitucional del Derecho Administrativo, *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo I, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 183-220; José Araujo-Juárez, *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*, Ediciones Paredes, Caracas, 2009.

10. Gaceta Oficial N° 37.305, de 17 de octubre de 2001, parcialmente reformada por el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en Gaceta Oficial N° 5.890, de 31 de julio de 2008.

II. EL RÉGIMEN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La entrada en vigor de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos coincidió con el inicio de la época dorada del Derecho Administrativo en Venezuela,¹¹ período en el cual comenzó a aparecer la mejor doctrina científica hasta ese momento conocida, la jurisprudencia alcanzó su máximo esplendor, así como la producción y difusión de la investigación jurídica del Derecho Administrativo.

El aporte de la Ley se va a materializar en la definición legal de acto administrativo,¹² que serviría de impulso para revivir el debate tanto a nivel de la doctrina científica –entre Farías Mata,¹³ Iribarren Monteverde,¹⁴ Araujo-Juárez¹⁵ por una parte y Brewer-Carías¹⁶ por la otra–, como de la jurisprudencia, sobre esta noción jurídica y su proyección en el Derecho Administrativo.

La Ley va regular con carácter general la institución del silencio administrativo,¹⁷ hasta ese momento únicamente reconocida expresamente en el procedimiento administrativo previo de demandas contra la República y va a adquirir una nueva dimensión al ser interpretado no como una carga, sino como una garantía para los particulares, en caso de transcurrir

11. Víctor R. Hernández-Mendible, Presentación, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*. Tomo I, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, pp. 5-12.

12. Artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

13. Luis Enrique Farías Mata, Introducción General, *Tendencias de la Jurisprudencia en materia Contencioso Administrativa*, Universidad Central de Venezuela-Corte Suprema de Justicia-Colegios de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, 1986, p. 61.

14. Enrique Iribarren Monteverde, *Apuntes de clases del curso Derecho Administrativo II*, dictadas en la Universidad Católica Andrés Bello, en el período lectivo 1987-1988.

15. José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 462.

16. Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, 7ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 137-139.

17. Artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

los lapsos para decidir, sin que se hubiese producido una respuesta expresa de la Administración Pública.¹⁸

Además la Ley incluye dentro de su normativa, lo relacionado con los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad de la Administración Pública para expedir actos administrativos,¹⁹⁻²⁰ la imposición de la obligación de motivación de los actos administrativos individuales,²¹ la prohibición de resolver sobre asuntos que son de reserva legal,²² la interdicción de retroactividad, salvo que la nueva interpretación sea más favorable,²³ los límites de la actuación cuando se atribuyen competencias preeminentemente discrecionales,²⁴⁻²⁵ el respeto al principio de jerarquía de los actos jurídicos,²⁶ el contenido mínimo que deben tener todos los actos administrativos,²⁷ los vicios que afectan a los actos administrativos (invalidantes²⁸ e intrascendentes²⁹).

18. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 22 de junio de 1982, ratificada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia de 16 de noviembre de 2001 y por el mismo Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 428, de 22 de febrero de 2006, ratificada en sentencia 183, de 10 de febrero de 2011.

19. José Araujo Juárez, *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, 3ª ed., Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2005, pp. 332-337.

20. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 9 de noviembre de 1989.

21. Artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

22. Artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

23. Artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

24. Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

25. Corte Federal y de Casación en Sala Político Administrativa, sentencia de 6 de noviembre de 1958; Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 2 de noviembre de 1982 y Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 9 de abril de 1987.

26. Artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

27. Artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

28. Artículos 19 y 20 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

29. Víctor R. Hernández-Mendible, Los vicios intrascendentes en el Derecho Administrativo Formal, *Revista de Derecho Público N° 51*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992. pp. 15-24.

Tal como se puede apreciar, la Ley vino a recoger los avances alcanzados durante medio siglo por la doctrina científica y la jurisprudencia en materia de actos administrativos y de teoría de las nulidades e igualmente introduce relevantes disposiciones fundamentales en materia de procedimiento administrativo, que serán comentadas seguidamente.

2.1. Los aportes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Aunque la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no brinda una definición de lo que se debe entender por tal procedimiento, la Corte Suprema de Justicia considera que el procedimiento administrativo es aquel en “... que se cumplen una serie de actos que concatenados entre sí, guarden una conexión racional, donde lo fundamental sea asegurar el ejercicio del derecho a la defensa del administrado (artículo 68 de la Constitución de la República)”;³⁰ en tanto para la doctrina científica, el procedimiento administrativo es el “cauce formal, jurídico y necesario para la actividad de la Administración Pública en la producción de sus actos jurídicos”.³¹

La naturaleza jurídica del procedimiento administrativo ha sido objeto de un relevante estudio en la doctrina científica al cual se remite,³² ya que no se aborda en esta ocasión por exceder los límites de este trabajo.

Lo que si reguló la Ley son los principios de la actividad administrativa³³ aplicados al procedimiento administrativo y al cómputo de los lapsos,³⁴ la regulación del procedimiento ordinario, que resulta de la aplica-

30. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 9 de julio de 1997.

31. José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General. Procedimientos y Recursos Administrativos*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, p. 28.

32. Jorge Luis Suárez Mejías, La verdadera naturaleza de los procedimientos administrativos: su profundo desconocimiento en la Administración Pública venezolana, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional de Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Tomo I, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2009, pp. 353-369; José Araujo-Juárez, Ob. cit., pp. 20-29.

33. Artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

34. Artículos 41 al 43 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

ción supletoria en los supuestos que las leyes sectoriales no contemplen un procedimiento administrativo que deba aplicarse con preferencia, en virtud que la especialidad de la materia así lo exija.

La Ley permite distinguir entre los distintos tipos de procedimientos administrativos: Los procedimientos generales: El ordinario,³⁵ el sumario³⁶ y el breve;³⁷ y los procedimientos especiales: el de prescripción³⁸ y el sancionatorio.³⁹

2.1.1. El procedimiento administrativo constitutivo o de primer grado

Todo procedimiento administrativo regulado en disposiciones especiales o en la ley general puede ser dividido en cuatro etapas: Iniciación, tramitación o sustanciación, finalización y comunicación, que serán explicadas en atención a su relación con el expediente administrativo.

a) Iniciación

El procedimiento administrativo se inicia de oficio o a instancia de parte,⁴⁰ en cuyo caso se deben cumplir los requisitos formales que deben llenar los escritos dirigidos a la Administración Pública, a través de los cuales se insta el inicio de tal procedimiento,⁴¹ so pena que la autoridad administrativa, disponga la notificación del interesado a los fines de efectuar las correcciones y en caso de no lograrse subsanar los defectos, se declare la inadmisibilidad de la solicitud.⁴²

El expediente de cada asunto se apertura en virtud de la orden de la autoridad administrativa, una vez que resuelve iniciar el procedimiento

35. Artículos 48 al 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

36. Artículos 67 al 69 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

37. Artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

38. Artículos 70 y 71 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

39. Artículos 100 al 105 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

40. Artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

41. Artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

42. Artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

administrativo. El expediente debe mantener una unidad, con independencia de las distintas autoridades públicas que deban intervenir en el procedimiento administrativo⁴³ y en él se debe recoger toda la tramitación llevada a cabo hasta la resolución del asunto.⁴⁴

Es así como el expediente debe soportar el conjunto de actuaciones e instrumentos que permitirán documentar el desarrollo efectivo de dicho procedimiento y que servirán de soporte para la resolución que pondrá fin al mismo.

b) Tramitación

El procedimiento administrativo sirve para la captación de todos aquellos elementos que van a conducir a que la Administración Pública efectúe una declaración final, fundamentada en la verdad material y jurídicamente válida con respecto a sus destinatarios.

En el procedimiento concurren diversos actos de trámites, informes⁴⁵ e incluso decisiones de otras autoridades públicas, que constituyen los actos previos que se integrarán hasta configurar la declaración administrativa final.⁴⁶

La instrucción del procedimiento se encuentra dirigida a incorporar al expediente administrativo, todas las actuaciones y comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen durante la tramitación del procedimiento administrativo y los documentos y demás medios probatorios producidos por los participantes, que jurídicamente se requieran para que la autoridad pública competente adopte la resolución que proceda.

c) Finalización

Tal como se ha señalado, el procedimiento administrativo se encuentra conformado por los actos jurídicos de los particulares y de las autoridades públicas, que intervienen con sujeción a la ley.

43. Artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

44. Artículo 51 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

45. Artículos 55, 56 y 57 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

46. José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 607.

El procedimiento administrativo finaliza ordinariamente con la decisión de la autoridad pública que resuelve el asunto planteado, mediante un acto administrativo que crea, reconoce, modifica, limita, restringe o extingue una situación determinada, en la esfera jurídica de sus destinatarios y excepcionalmente podría finalizar con la declaración de homologación del desistimiento,⁴⁷ cuando el procedimiento se hubiese iniciado a instancia de parte y no existan razones de interés público que justifiquen su continuación o que se declare la perención del procedimiento, por falta de cumplimiento de algún trámite que debió aportar el interesado que instó el inicio del procedimiento.⁴⁸

La resolución administrativa deberá ser motivada y debe pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas durante el procedimiento, debiendo abarcar la decisión tanto lo propuesto inicialmente, como aquellos asuntos surgidos durante la tramitación.⁴⁹

d) Comunicación

Una vez que la autoridad pública ha resuelto el asunto que dio lugar al procedimiento administrativo, debe proceder a comunicarle a todos los participantes el texto íntegro de la decisión adoptada,⁵⁰ debiendo indicarles los recursos administrativos o jurisdiccionales que pueden incoar contra dicha resolución, la mención expresa de los lapsos para intentarlos y los órganos ante quienes se deben proponer, so pena de tornar ineficaz la comunicación.⁵¹

Debe tenerse presente que la insoslayable obligación de mencionar expresamente junto al texto íntegro del acto administrativo, los recursos, los lapsos y los órganos, aunque se encuentren expresamente mencionados en las leyes, constituye una excepción al Principio general de Derecho – que goza de recepción en el derecho positivo– de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento,⁵² pues en tal caso, la ausencia absoluta

47. Artículos 63 y 66 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

48. Artículos 64, 65 y 66 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

49. Artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

50. Artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

51. Artículo 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

52. Artículo 2 del Código Civil.

de indicación o la indicación errónea, defectuosa o incorrecta, producen la ineficacia del acto administrativo, sin que ello implique necesariamente que sea inválido.

2.1.2. El procedimiento administrativo de ejecución

La Ley exige como condición de la actuación material de la Administración Pública, la previa expedición del acto administrativo –como expresión de la culminación de un procedimiento administrativo anterior–, que sirve de título habilitante para producir efectos, en la esfera de los derechos e intereses de las personas.

Con esta fórmula se prohíbe cualquier actuación material que pueda ser constitutiva de una vía de hecho,⁵³ lo que encuentra su justificación constitucional en la obligación de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.⁵⁴

Los actos administrativos, como todo acto jurídico expedido por los órganos del Poder Público en ejercicio de sus competencias, son de ejecución inmediata, –salvo que el mismo acto o la ley difieran su ejecución para un momento posterior–,⁵⁵ por lo que siempre deberá ser objeto de acatamiento voluntario por sus destinatarios, en el tiempo y la forma en él establecido, sin perjuicio, de los recursos que puedan formular los interesados en sede administrativa o jurisdiccional y de las medidas cautelares que se puedan adoptar para garantizar el cumplimiento de la decisión administrativa que resuelva el recurso o de la sentencia que resuelva la impugnación.

Ahora bien, la ejecución forzosa puede ser realizada de oficio por la propia Administración Pública autora del acto, debiendo tener en cuenta que en los casos que sea posible la ejecución indirecta respecto al destinatario obligado a cumplirlo, puede llevarla a cabo ella misma o un tercero designado por ella, con cargo de pago por el destinatario.⁵⁶

53. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 189, de 8 de mayo de 1991 y sentencia 190, de 8 de mayo de 1991.

54. Artículos 137 y 141 de la Constitución, 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

55. Artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

56. Artículo 80.1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Si se trata de actos de cumplimiento personal y se produce la contumacia del obligado, se le impondrán las multas sucesivas.⁵⁷

Lo dispuesto en la Ley, no impide que las personas beneficiarias del acto administrativo, insten a la Administración Pública para que proceda a la ejecución forzosa.

2.1.3. El procedimiento administrativo de revisión o de segundo grado

El procedimiento administrativo de revisión se puede iniciar de oficio, en ejercicio de la potestad de autotutela de segundo grado o se puede iniciar a instancia de parte o rogada, mediante la interposición de los recursos administrativos. Al respecto cabe mencionar que la Ley contempla ambas posibilidades que serán explicadas seguidamente:

a) Los procedimientos para tramitar la revisión de oficio

La Ley reconoce que la Administración Pública en ejercicio de la potestad de autotutela de segundo grado puede actuar de oficio, para convalidar actos administrativos que sean potencialmente anulables, es decir, viciados de nulidad relativa, subsanando los vicios de que adolezcan.⁵⁸

También podrá la Administración Pública en ejercicio de dicha potestad, revocar en cualquier momento, total o parcialmente, tantos los actos jurídicamente válidos como los anulables, que no hayan creado derechos o intereses a los particulares.⁵⁹

En ejercicio de la potestad de autotutela, la Administración Pública también puede reconocer de oficio, la nulidad absoluta de los actos por ella dictados, lo que es posible siempre que se subsuma dicha nulidad en alguno de los supuestos taxativos contemplados en la Ley, dado que en tal caso nunca se podrían constituir derechos e intereses.⁶⁰

57. Artículo 80.2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

58. Artículo 81 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

59. Artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

60. Artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Además, mediante la potestad de autotutela la Administración Pública actuando de oficio, podrá corregir los errores materiales o de cálculo en que hubiese incurrido, al expedir los actos administrativos.⁶¹

En ausencia de un procedimiento administrativo especial, la Administración Pública deberá aplicar el procedimiento ordinario, sumario o breve, teniendo en consideración los principios que rigen la actividad administrativa formal, contemplados en la Ley.

b) Los procedimientos para tramitar los recursos administrativos

La Ley hace referencia a los recursos administrativos, sin entrar a definir en qué consisten, no obstante, luego de analizar las distintas definiciones efectuadas por la doctrina científica se advierte que éstos “constituyen actos jurídicos de los administrados, con fines impugnatorios contra actos administrativos que se presumen lesivos de derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos”.⁶²

Los interesados podrán interponer los recursos administrativos contra los actos administrativos que pongan fin al procedimiento administrativo, imposibiliten su continuación, causen indefensión o que prejuzguen como definitivo, en cuanto tales actos lesionen sus derechos o intereses.⁶³

La Ley establece que los recursos deben presentarse por escrito, éstos deben cumplir los requisitos establecidos para efectuar cualquier petición o solicitud a la Administración Pública y el incumplimiento de tales requisitos conduce a la inadmisibilidad –aquí no opera el despacho subsanador–, que debe ser motivada y notificada al interesado.

En virtud del principio de la informalidad que inspira el procedimiento administrativo, el error en la calificación del recurso por el interesado, no constituye óbice para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

61. Artículo 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

62. Cosimina Pellegrino, La regulación general de los recursos administrativos en el sistema venezolano, *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo II, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 1052.

63. Artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

El legislador dispone que la interposición de los recursos administrativos de reconsideración,⁶⁴ jerárquico propio⁶⁵ e impropio o institucional⁶⁶ y de revisión,⁶⁷ —éste en los supuestos taxativos contemplados en la Ley—, no suspenden la ejecución del acto administrativo, salvo previsión legal en contrario.⁶⁸

Todos los recursos administrativos se encuentran sometidos a lapso de caducidad para su formulación y deberán ser resueltos en el lapso contemplado en la Ley, teniendo la Administración Pública la obligación de resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que hayan surgido con motivo del recurso, incluso aunque no hayan sido planteados por los interesados.⁶⁹

Es pertinente destacar que el interesado puede alegar en el escrito del recurso administrativo, tanto argumentos de mera legalidad, como de oportunidad o conveniencia y la Administración Pública tiene la obligación de resolver sobre todos los alegatos, tanto los relacionados con aspectos de preeminente legalidad como con aquellos donde predomina el mérito u oportunidad.

La Administración Pública que tenga atribuida la competencia para resolver el recurso de reconsideración o jerárquico puede confirmar, modificar o revocar el acto administrativo recurrido, así como anularlo y ordenar la reposición del procedimiento, en caso de vicios en su sustanciación e igualmente puede convalidar aquellos actos administrativos que sean anulables.⁷⁰

Conforme a la previsión legal, resultaba insoslayable el agotamiento de la vía administrativa, es decir, que la interposición de un recurso administrativo constituía una *conditio sine qua non* para la interposición del

64. Artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

65. Artículo 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

66. Artículo 96 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

67. Artículo 97 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

68. Artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

69. Artículo 89 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

70. Artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

recurso subsiguiente, por lo que una vez interpuesto el recurso administrativo de reconsideración o el recurso jerárquico, según fuese el caso, mientras no se venciera el plazo que tenía la autoridad administrativa para decidir o no se produjese una decisión expresa en sentido distinto al solicitado, no se podía acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.⁷¹

c) La eliminación de la obligatoriedad de los recursos administrativos

En lo concerniente a los procedimientos administrativos de revisión, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁷², exigía la obligación jurídica de los interesados de agotar la vía administrativa previa, —salvo disposición expresa de una ley especial—,⁷³ como condición para acudir a la instancia jurisdiccional.⁷⁴

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se produjo un intenso debate académico⁷⁵ y jurisprudencial respecto a la obligatoriedad de interposición de los recursos administrativos con la consiguiente tramitación del procedimiento administrativo de revisión, para tener ac-

71. Artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

72. Artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

73. El antecedente inmediato a partir de 1992 era el Código Orgánico Tributario, que reconocía el derecho del interesado a elegir entre la vía administrativa previa, a través del recurso administrativo jerárquico o el acceso directo al órgano jurisdiccional, para cuestionar la legalidad de los actos de la Administración Tributaria.

74. Es necesario destacar que el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, exige del agotamiento de la vía administrativa previa, cuando se formula la pretensión procesal administrativa conjuntamente con la pretensión cautelar de amparo constitucional. Sobre este tema se recomienda en extenso, Víctor R. Hernández-Mendible, El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, tomo I, Madrid, Civitas-Thomson, 2003. pp. 1219-1303.

75. Luis Ortiz Álvarez y Rafael Prado Moncada, ¿Ocaso o fortalecimiento del agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa? (Comentarios sobre las últimas contradicciones jurisprudenciales), *Revista de Derecho Administrativo N° 11*, Caracas, Editorial Sherwood, 2001. pp. 217-230; Luis A. Herrera Orellana, La vía administrativa: ¿garantía para los particulares o privilegio de la administración?, *Revista de Derecho Público N° 89-90 / 90-92*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2002, pp. 6-31; Jorge Kiriakidis, Las causas de no admitir el recurso

ceso a los órganos jurisdiccionales.⁷⁶ La polémica trató de zanjarse en ese momento considerando que tal procedimiento administrativo previo, no contravenía el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.⁷⁷

Ello condujo a la expedición de un importante número de sentencias, que fijaron distintas posiciones sobre la manera como se debían interpretar las disposiciones que contemplaban el agotamiento previo de los procedimientos administrativos de revisión, como condición para acudir posteriormente a las instancias jurisdiccionales.

Es así como se llegó a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual sostuvo que constituía un derecho de los interesados, elegir entre agotar completamente el ejercicio de los recursos en la vía administrativa previa, antes de formular sus demandas a los órganos jurisdiccionales o acudir directamente a la vía jurisdiccional.⁷⁸ Este criterio ha sido establecido con rango positivo en la más reciente reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública.⁷⁹

De esta manera han quedado simplificados tanto los procedimientos administrativos de revisión, cuya tramitación exigía la obligatoriedad de la interposición de los recursos contemplados en la ley, como el requisito del agotamiento de la vía administrativa como condición para tener acceso a la instancia jurisdiccional.

contencioso administrativo de anulación contra actos de efectos particulares. Con especial referencia a la situación de la legitimación para recurrir y el agotamiento de la vía administrativa, *El Contencioso Administrativo*, Caracas, FUNEDA, 2006, pp. 118-129.

76. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencias 511, de 24 de mayo de 2000 y 617, de 9 de junio de 2000, se pronunció sobre la innecesariedad del agotamiento de los recursos en vía administrativa previa, pero estas sentencias fueron declaradas constitucionalmente ilegítimas. Víctor R. Hernández-Mendible, Balance y perspectivas de la justicia administrativa (año y medio de la Constitución de 1999), *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. LaRoche*, tomo I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, p. 443.

77. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 489, de 27 de marzo de 2001 y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia 668, de 26 de abril de 2001.

78. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 130, de 20 de febrero de 2008.

79. Artículo 7.10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, de 31 de julio de 2008.

d) Los procedimientos para tramitar la solicitud de nulidad

La otra modalidad de revisión rogada de los actos administrativos contemplada en la Ley, es la denominada solicitud o acción de nulidad absoluta⁸⁰ de tales actos,⁸¹ con fundamento en los supuestos taxativos contemplados en el ordenamiento jurídico.⁸²

La Acción de Nulidad se presenta así como una garantía para las personas destinatarias de los actos administrativos, que le permite impugnar aquellos que sean absolutamente nulos, en los casos en que hallan caducado los fugaces plazos establecidos para su impugnación⁸³ y también constituye una garantía en favor de la Administración que tendrá la posibilidad de revisar a instancia de parte, un acto administrativo que podría estar viciado de nulidad absoluta y al constatarlo, podrá reconocerlo y declararlo en virtud de su deber de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.⁸⁴

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS

Antes de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001,⁸⁵ no existía un texto jurídico general que garantizase el procedimiento administrativo, el derecho a ser escuchado, la libertad probatoria y el dere-

80. Víctor R. Hernández-Mendible, *La acción de nulidad en el Derecho Administrativo, Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional. Páginas de Jurisprudencia*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1998. pp. 17-39.

81. Artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

82. Artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

83. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 14 de agosto de 1991 y sentencia 242, de 6 de abril de 1994; ratificadas por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 407, de 19 de junio de 2001 y sentencia 516, de 11 de abril de 2007.

84. Artículos 137 y 141 de la Constitución.

85. El antecedente sectorial más relevante establecido con rango legal, fue el artículo 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en Gaceta Oficial N° 36.970, de 12 de junio de 2000, reformada según Gaceta Oficial N° 6.015, de 28 de diciembre de

cho a la participación en la tramitación de los asuntos de naturaleza administrativa dirigidos a la expedición de los reglamentos y demás actos administrativos generales.

El mencionado texto legal vino a introducir en el ordenamiento jurídico un procedimiento administrativo especial, el procedimiento de consultas públicas previas para la elaboración y aprobación de los reglamentos y demás actos administrativos generales.

Tal procedimiento debe aplicarse en todos los supuestos en los cuales les corresponda a las autoridades públicas en ejercicio de la función administrativa dictar disposiciones en el ámbito nacional, estatal o municipal.

Ello así, debe analizarse sucintamente el nuevo procedimiento administrativo de consultas públicas, bajo el prisma de la Constitución, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, que actualmente rige este procedimiento.

3.1. La competencia normativa de las autoridades administrativas

La competencia normativa es ejercida de forma primigenia por el Legislador Nacional, mediante la expedición de las leyes o la aprobación de los tratados internacionales válidamente suscritos y ratificados por Venezuela.

Sin embargo, la propia Constitución reconoce que el Ejecutivo Nacional, tiene potestad normativa, mediante el dictado de reglamentos, que deben sujetarse al espíritu, propósito y razón de la Ley⁸⁶ y que en ningún caso puede inmiscuirse en la garantía de la reserva legal, ni menoscabar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.⁸⁷ Con estos reglamentos se crean normas de carácter general, que reconocen derechos y establecen obligaciones, a las que quedan sometidas todas las personas que interactúan en la vida económica y social.

2010 y reimpressa por error material en Gaceta Oficial N° 39.610, de 7 de febrero de 2011, cuyo desarrollo había sido regulado por la Resolución N° 143, publicada en Gaceta Oficial N° 37.073, de 8 de noviembre de 2000.

86. Artículo 236.10 de la Constitución.

87. Artículo 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

El marco normativo lo complementa cada Ministerio en virtud de los asuntos atribuidos a su competencia, que en su carácter de órgano rector del sector, debe formular, planificar, dirigir, coordinar, evaluar y controlar las políticas, planes, programas, proyectos y expedir las normas generales que han de aplicarse para la consecución de los objetivos de interés general.

En efecto, los Ministerios tienen atribuida la competencia para dictar actos administrativos individuales, es decir, con eficacia jurídica plena frente a determinadas personas y también pueden expedir actos administrativos generales, que suponen el ejercicio de la competencia normativa, de rango sublegal y en consecuencia, en ejecución de la ley, dentro del ámbito de su competencia y que tienen incidencia sobre la esfera jurídica de dichas personas, sean ellos los operadores económicos o sociales.

La potestad normativa debe ser ejercitada con estricta sujeción al Principio de Legalidad,⁸⁸ en consecuencia, solo se tiene competencia normativa en los casos expresamente establecidos en la Ley,⁸⁹ tal como lo señala la doctrina científica al precisar que “la dotación de las Administraciones independientes con poder normativo precisa inexcusablemente una habilitación legal (formal) expresa y determinada (en el sentido de delimitadora del ámbito, carácter y alcance de la correspondiente potestad normativa)”.⁹⁰ Además se deben respetar los principios de transparencia, eficiencia, eficacia, responsabilidad, objetividad y contradicción, que informan la actividad administrativa, reconocidos en la Constitución.⁹¹

El ejercicio de las competencias normativas, supone la realización de un procedimiento administrativo que comprende dos fases: Una, de consultas públicas previas –en principio–, de la cual se dará oportuna información a los interesados y se garantizará la posibilidad de aportar propuestas, opiniones, sugerencias o recomendaciones, a tenor de lo establecido en la Ley

88. Artículos 137 y 141 de la Constitución y 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

89. Artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

90. Luciano Parejo Alfonso, La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno. Administración Instrumental, *Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo. Tomo I*, Civitas, Madrid, 1994, p. 651.

91. Artículos 141 y 143 de la Constitución.

Orgánica de la Administración Pública⁹² (garantía de la participación en los asuntos públicos); y la otra, consiste en la expedición de actos jurídicos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas mediante actos administrativos, los cuales deberán ser publicados en la Gaceta Oficial⁹³ (garantía del conocimiento de las decisiones).

Estas dos garantías, llevan a que las autoridades administrativas adopten una forma de actuación, distinta de la tradicional, pues éstas no actúan imponiendo su decisión de manera unilateral, en ejercicio de la potestad de imperio; sino que convocan a los agentes económicos y sociales, a los todos interesados, sean las personas individualmente consideradas o la comunidad organizada para que realicen propuestas, hagan observaciones, expongan sus argumentos, en fin, las autoridades administrativas actúan con ánimo de concertación, con la finalidad de lograr que las decisiones que se adopten, sean el producto del consenso entre ésta y las personas sometidas a su regulación.

Esto lo ha sostenido la doctrina científica al expresar que la autoridad administrativa “no dispone, como se predicaba en el pasado, de absolutos poderes cuya aplicación depende sólo de la valoración que de los intereses públicos relevantes realice el grupo político en el poder”, lo que permite apreciar que “tras la ardua literatura legal que aparece en los Boletines Oficiales, subyace una compleja urdimbre de actos, acuerdos y negociaciones precedentes. El Estado aparece así, más que como un Leviatán, como un modesto componedor entre grupos contrapuestos, algo así como un árbitro, en caso de necesidad, entre poderes recíprocamente moderados o crónicamente en litigio, según se mire”.⁹⁴

Lo anterior permite afirmar que las autoridades administrativas cuando tienen la competencia normativa pueden crear preceptos de derecho

92. Conforme a lo dispuesto en los artículos 138 al 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, la consulta pública en principio debe ser previa, sin embargo, hay que tener presente que de manera excepcional, en casos de urgencia declarada por la autoridad competente, la consulta pública puede ser posterior, siendo necesario que siempre se produzca tal consulta.

93. Artículos 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

94. Ramón Martín Mateo, *Derecho Público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985, p. 24.

objetivo, dentro de su esfera de competencias y estos actos son válidos y productores de plenos efectos jurídicos, en el contexto del ordenamiento jurídico del Estado.

3.2. La garantía del derecho a la participación en los asuntos públicos

El régimen democrático contemplado en la Constitución tiene como uno de sus postulados fundamentales, la participación ciudadana en los asuntos públicos, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.⁹⁵

Este postulado se encuentra en la norma suprema, reconocido como un principio-derecho subjetivo de toda persona a participar libremente en los asuntos públicos,⁹⁶ establecido de manera general en la Constitución,⁹⁷ el cual se puede ejercer a través de los medios que establezca la ley.⁹⁸

Es así como la Ley Orgánica de la Administración Pública de obligatoria observancia por toda la Administración Pública, dedica su Título VI, con el epígrafe “De la Participación Social en la Gestión Pública”, a promover y garantizar el ejercicio de la participación en la gestión y toma de decisiones en los asuntos públicos. En tal sentido la ley establece lo siguiente:

a) La obligación de realizar la consulta pública

La Ley señala que los órganos y entes públicos deben promover la participación ciudadana en la gestión y decisión pública, sin perjuicio de lo que dispongan la Constitución y las leyes especiales.⁹⁹

95. Artículo 2 de la Constitución.

96. Miguel Alejandro López Olvera, La participación ciudadana en la elaboración de normas administrativas de carácter general, *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo I, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 791-818; Víctor R. Hernández-Mendible, La participación ciudadana: pasado, presente y futuro, *Derecho Municipal Comparado*, Ediciones Liber, Caracas, 2009, pp. 807-841.

97. Artículo 62 de la Constitución.

98. Artículo 70 de la Constitución.

99. Artículo 138 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En consecuencia, no se trata de una competencia discrecional de las autoridades administrativas, que les permite a su arbitrio decidir si efectúan las consultas públicas, sino que se trata de una obligación que les impone la ley, cuyo incumplimiento puede afectar lo decidido por dichos entes, produciendo la invalidez de la regulación adoptada.

b) Los sujetos que pueden intervenir en las consultas públicas

Al constituir la participación en los asuntos públicos un derecho subjetivo constitucional, éste pueden ejercerlo todas las personas naturales y jurídicas, de modo directo, es decir, a título individual o a través de las comunidades organizadas, mediante la presentación de propuestas y formulación de opiniones sobre el anteproyecto de texto que constituye el objeto de la consulta.

c) La obligación de registrar a los participantes

Con el fin de garantizar la participación en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de los asuntos de su competencia, las autoridades públicas deben llevar un registro de la comunidad organizada, cuyo objeto social esté relacionado con el sector, para que todos ellos sean convocados previamente a presentar propuestas y formular opiniones en las consultas públicas dirigidas a adoptar las decisiones correspondientes.

d) El procedimiento de la consulta pública previa

El procedimiento de la consulta pública previa, se inicia con la elaboración por la autoridad pública de un documento que constituirá el objeto de la consulta y que la Ley Orgánica de la Administración Pública califica de “anteproyecto”.

Este anteproyecto para la adopción de normas reglamentarias o de un acto administrativo general debe presentarse a las comunidades organizadas, que estén inscritas en el registro de participantes de la autoridad reguladora respectiva.

La presentación del anteproyecto de regulación, debe hacerse mediante la remisión de un oficio que lleve anexo el texto íntegro del documento objeto de la consulta y que además deberá indicar el lapso de duración de la consulta pública, el cual en ningún caso comenzará a transcurrir antes de los diez (10) días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto a los interesados.

Los participantes en la consulta deben ser informados en dicho oficio, del lapso del cual disponen para realizar y presentar ante la autoridad pública sus observaciones o comentarios escritos, al anteproyecto normativo.

Con la finalidad de lograr la mayor difusión posible sobre el objeto de la consulta pública y para garantizar de la manera más amplia y transparente la participación de todos los interesados, concomitantemente a las comunicaciones escritas dirigidas a los inscritos en el registro, la autoridad pública debe difundir a través de cualquier medio de comunicación, el inicio del procedimiento de consulta pública previa e indicar la duración de la misma. Así mismo, deberá publicarlo en la página web de la institución, en la cual deberá señalar el anteproyecto sobre el cual versará la consulta.

Mientras dure el proceso de consulta pública, cualquier persona, aun cuando no se encuentre inscrita en el registro llevado por la autoridad pública, podrá presentar por escrito, sus observaciones, sugerencias y comentarios al anteproyecto normativo.

Una vez que finalice el lapso de presentación de las observaciones, propuestas y recomendaciones escritas, la autoridad pública debe establecer el lugar, día y hora, en el cual los representantes de la misma, los técnicos que sean convocados, los sujetos inscritos en el registro y aquellos no inscritos que hayan manifestado algún tipo de interés en participar, puedan asistir a las mesas de discusión o diálogo, con el objeto de intercambiar opiniones diferentes, efectuar preguntas y formular observaciones, sugerencias y comentarios destinados a que se adopte, modifique o no se apruebe el anteproyecto como instrumento final e incluso a que la autoridad pública considere la elaboración de un nuevo anteproyecto.

e) La consecuencia de la omisión de la consulta pública

La Ley establece la prohibición de aprobar reglamentos, actos administrativos generales o de presentar proyectos de regulación ante otras ins-

tancias, que no hayan sido objeto de consulta pública, conforme al procedimiento legalmente establecido.

En todo caso, establece que la aprobación de normas o presentación de proyectos de textos normativos en otras instancias, que no hayan sido consultados siguiendo el procedimiento de consultas públicas, serán considerados viciados de nulidad absoluta.¹⁰⁰

f) La excepción al establecimiento de regulaciones, sin consultas públicas previas

Existen circunstancias, que excepcionalmente permiten el dictado de textos normativos, sin que se hayan llevado a cabo las consultas públicas previas. Por su carácter extraordinario, la aplicación de estas circunstancias es restrictiva, en virtud de lo cual no se debe acudir a la interpretación analógica. Es así como, sólo es admisible la posibilidad de dictar normas, sin haber llevado a cabo el procedimiento de consultas públicas previas en el siguiente supuesto: Que existan casos de emergencia manifiesta y en aras de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el máximo representante del Ejecutivo Nacional, Estadal o Municipal, autorice la aprobación de las normas sin la realización de la consulta pública previa.

g) La consulta pública posterior, en caso que se haya aprobado la regulación

En tales casos, cuando se haya realizado una aprobación de determinadas normas sin consulta pública previa, la autoridad pública deberá disponer en el mismo acto jurídico aprobatorio la realización de la consulta pública posterior, a las comunidades de usuarios y consumidores organizados siguiendo el procedimiento legalmente establecido para tales fines, que antes se ha expuesto.¹⁰¹

100. Artículo 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

101. Esto no sucedió cuando se estableció el régimen de restricción del mercado de divisas, tal como lo ha destacado la doctrina científica al sostener que “Las normas de control de cambio cuya conformidad con el Derecho declaró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia nunca fueron sometidas al excepcional procedimiento

El resultado de esta consulta pública, deberá ser considerado por la autoridad administrativa que aprobó las normas contenidas en los actos administrativos generales y en razón de las propuestas y opiniones presentadas, la autoridad pública podrá modificar, ratificar o derogar la regulación dictada.

3.3. Las ventajas de garantizar la participación en los procedimientos administrativos para expedir actos normativos

Tal como se puede observar, el procedimiento administrativo para la expedición de actos normativos tiene varias finalidades.

En primer lugar, garantizar el derecho a la efectiva y directa participación de las personas en la toma de decisiones atribuidas a las autoridades competentes en general y a los entes reguladores de las actividades económicas y sociales en concreto.¹⁰²

En segundo lugar, la garantía de participación de los usuarios constituye un mecanismo para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones,¹⁰³ legitimidad que se ve reforzada al existir otros mecanismos que la garantizan como lo son tanto la obligación de sujeción a la Ley y al Derecho, como el control del orden jurisdiccional administrativo, al que se encuentra sometida.¹⁰⁴

posterior contemplado por el artículo 137 [140 actual] de la Ley Orgánica de la Administración Pública. En el caso de la especie *no medió*, ya lo subrayamos, *procedimiento previo*. Lo que restaba por observar es que *tampoco medió el procedimiento posterior*. En síntesis, ninguna garantía adjetiva. El derecho a la participación quedó así *reducido a la nada*". José Antonio Muci-Borjas, El ejercicio de la función normativa por la Administración Pública. *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo I, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 601.

102. Artículos 62 y 70 de la Constitución.

103. Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, sentencia de 5 de diciembre de 1996.

104. Víctor R. Hernández-Mendible, La regulación económica. *Estudios de Derecho Público. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*, Tomo II, UCAB, Caracas, 2004, pp. 738-741; Gaspar Ariño Ortíz, El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública N° 182*, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 9-37.

En tercer lugar, la garantía de participación en la actividad administrativa normativa permite una mayor transparencia en la función de regulación y disminuye el riesgo de captura de las autoridades administrativas por los destinatarios de las normas.¹⁰⁵

En cuarto lugar, la garantía de participación permite la adopción de decisiones consensuadas entre los agentes económicos y sociales, que en muchas ocasiones pueden acudir al procedimiento administrativo en representación de intereses contrapuestos.

En quinto lugar, la garantía de la participación contribuye a la eficiencia y eficacia en la actividad normativa, pues la autoridad pública al gozar no solo de *potestas*, sino de *auctoritas* va a lograr que sus decisiones sean recibidas y ejecutadas voluntariamente por sus destinatarios, quienes se sentirán más motivados a darle pleno cumplimiento.

En sexto lugar, la garantía de la participación contribuye a fomentar la seguridad jurídica y la confianza legítima entre los destinatarios de las normas, quienes al no tener reticencia hacia la regulación y en consecuencia no proceder a cuestionarla jurisdiccionalmente, no van a temer por una decisión contraria o modificatoria de la adoptada por la autoridad administrativa, de parte del órgano jurisdiccional, generalmente carente de conocimientos técnicos, económicos y sociales de los asuntos que les corresponde resolver.

Por todo lo antes expuesto, el ordenamiento jurídico debe indeclinablemente garantizar –por mandato constitucional a través de un acto jurídico de rango legal–, dentro de los derechos de las personas, el derecho a la participación en los procedimientos administrativos normativos, conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, la propia Constitución –bloque de la constitucionalidad– y las leyes.¹⁰⁶

105. Artículo 141 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

106. Es pertinente destacar, que en los servicios públicos de agua potable y energía eléctrica, el procedimiento administrativo previo a la expedición de normas regulatorias habían sido las audiencias públicas, previstas en los artículos 18, 78 y 79 de la Ley Orgánica del servicio eléctrico que fue derogada por la Ley Orgánica del sistema y servicio eléctrico, eliminando la previsión de las audiencias públicas y quedando reconducido el derecho a la participación, al procedimiento administrativo general de consulta pública para expedir actos administrativos normativos; y en los artículos 26.l), 26.o) y 32 de la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento. Sobre las audiencias en

IV. LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CAUTELARES O PROVISIONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Uno de los aspectos donde el legislador guardó un silencio casi absoluto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se encuentra relacionado con la expedición de los actos administrativos que tuviesen por objeto la adopción de medidas administrativas provisionales o cautelares, así como la regulación de las condiciones para su procedencia, en los casos previstos en la norma jurídica.

En efecto, la Ley no atribuyó competencia general a las autoridades administrativas, para la adopción en todo procedimiento administrativo de medidas administrativas provisionales o cautelares, dirigidas a garantizar la resolución del mismo.

Este vacío en la regulación general en lo que respecta al procedimiento constitutivo ha tenido un desarrollo sectorial bastante casuístico, en recientes textos legales en los distintos sectores económicos y sociales, lo que ha generado una dispersión de posibles actuaciones y medidas administrativas, según lo disponga cada norma legal.

En tanto que en el procedimiento recursivo, la única medida provisional contemplada en la Ley, es la suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en sede administrativa –que podía ser acordada de oficio o a solicitud del interesado–, cuando ésta pudiese causar grave perjuicio al interesado o la impugnación se fundamente en la nulidad absoluta del acto recurrido.¹⁰⁷

Dicho esto, corresponde analizar cuál ha sido el desarrollo posterior a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en materia de medidas administrativas cautelares.

el sector del agua, Víctor R. Hernández-Mendible, El ente regulador de los servicios públicos de agua potable y saneamiento, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional, A & C, N° 14*, out/diez., Fórum, Belo Horizonte, 2003, pp. 111-164; del mismo autor sobre el sector eléctrico, La regulación del servicio eléctrico, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Fundación del Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pp. 745-783; y más recientemente sobre las consultas públicas en el sector telecomunicaciones, *Telecomunicaciones, Regulación y Competencia*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 185-189.

107. Artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

4.1. Los principios que rigen las medidas administrativas cautelares o provisionales

Como toda la actividad administrativa formal, la adopción de las medidas administrativas cautelares o provisionales en los procedimientos administrativos se deben regir por los siguientes principios:

- a) La sujeción a la legalidad y el Derecho. En principio, por mandato de la Constitución, la autoridad administrativa sólo debería conceder las medidas administrativas cautelares o provisionales, si existe una norma legal expresa que le atribuya competencia y lo autorice a ello¹⁰⁸. Luego se verá que ello admite matices por imperio de la propia Constitución.
- b) La garantía del procedimiento previo. El procedimiento administrativo es una garantía de que la actuación de la Administración Pública, se debe realizar sin lesionar los derechos constitucionales procesales de las personas, es por ello que durante el mismo se hace necesaria la audiencia de los interesados. Ahora bien, el procedimiento administrativo debe estar incoado para que la Administración Pública proceda a adoptar las medidas administrativas cautelares o provisionales¹⁰⁹ y es necesario que éste exista, porque el mismo constituye una garantía contra la arbitrariedad de la Administración Pública. Una medida administrativa cautelar o provisional, sin la instauración previa de un procedimiento administrativo simplemente constituye una vía de hecho.¹¹⁰
- c) La naturaleza de las medidas administrativas. En virtud de su ubicación dentro del procedimiento administrativo, las medidas admi-

108. Artículos 137 y 141 de la Constitución, 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

109. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 4223, de 9 de diciembre de 2005.

110. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencias 189 y 190, de 8 de mayo de 1991.

nistrativas cautelares o provisionales tienen la naturaleza de un acto administrativo de trámite, en consecuencia, no pueden sustituir bajo ninguna circunstancia al acto que pone fin al procedimiento.

d) El carácter temporal. Las medidas administrativas cautelares o provisionales tienen una vigencia temporal, limitada a durar el tiempo necesario para garantizar la protección del interés general y más en concreto, de los intereses en presencia que pudieran verse afectados por la resolución final, así como la ejecución de la misma, en consecuencia, no pueden ser eternas o indefinidas en el tiempo¹¹¹.

e) La eficacia. Las medidas administrativas cautelares o provisionales para que sean realmente eficaces respecto a las personas a quienes van dirigidas, deben ser notificadas personalmente, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley¹¹².

f) La impugnación. Una vez realizada la notificación, las medidas administrativas cautelares o provisionales como todo acto de trámite pueden ser impugnadas, en sede administrativa o jurisdiccional, si imposibilitan la continuación del procedimiento administrativo, causan indefensión o prejuzgan como definitivo.¹¹³

Establecidos estos principios rectores, se debe analizar cómo se desarrollaron los presupuestos de procedencia de las medidas administrativas cautelares o provisionales, en el procedimiento administrativo.

111. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 4223, de 9 de diciembre de 2005.

112. Artículos 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 7.10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

113. Artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

4.2. Los presupuestos de procedencia de las medidas administrativas cautelares o provisionales

Una vez establecida la necesidad de que exista una norma jurídica que atribuya la competencia a la Administración Pública para expedir las medidas administrativas cautelares o provisionales, corresponde analizar como evolucionaron los presupuestos para su procedencia, ante la carencia de una mención directa en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La aplicación de estos presupuestos se puede apreciar por vez primera, gracias a una curiosa e interesante resolución administrativa, a través de la cual la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en ejercicio de su competencia administrativa disciplinaria, concedió una medida administrativa cautelar en el caso de un procedimiento administrativo disciplinario, en el que se tramitaba una denuncia efectuada por el Contralor General de la República, contra algunos Magistrados principales y suplentes de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por supuestamente haber incurrido en infracciones, al sustanciar un expediente que cursaba ante ese órgano jurisdiccional, en el cual tenía interés directo el denunciante.

En virtud de la referida denuncia, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, actuando como superior jerárquico de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, inició el procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura vigente en aquel momento.

En trámite de sustanciación del procedimiento administrativo disciplinario, la Presidente del órgano jurisdiccional cuyos Magistrados estaban sometidos al aludido procedimiento administrativo, presentó escrito efectuando alegatos y consignando como prueba una nota de prensa, que según sostenía, fue entregada por el Contralor General de la República a los medios de comunicación y que fue publicada en la prensa, así como difundida por varios noticieros radiales, en virtud de lo cual finaliza solicitando se evaluase: "... la posibilidad de dictar una medida cautelar innominada a mi favor, de conformidad con lo previsto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, ordenando al ciudadano Contralor General de la República o a cualquier funcionario de ese Orga-

nismo, abstenerse de divulgar por los medios de comunicación social, y a través del sistema de Internet, el contenido y estado de la averiguación que adelanta esa Sala Político Administrativa o de la indebida utilización de mi nombre o cualquier otra referencia a mi persona. Igualmente, solicito a la Corte se sirva ordenar a la Contraloría General de la República, retirar de inmediato de su página 'Web', el texto de la denuncia formulada ante la Sala Político-Administrativa».

Los representantes de la Contraloría General de la República, seis días después, presentaron escrito de oposición a la solicitud de la medida administrativa cautelar.

La decisión adoptada para resolver la solicitud de medida cautelar, no es de naturaleza judicial, sino *administrativa*, pues se trataba de la sustanciación de un procedimiento administrativo disciplinario. Ello así, debe señalarse que la resolución que proveyó sobre la solicitud cautelar tiene la naturaleza de un acto administrativo de trámite.

Dicho esto, se impone efectuar un análisis sobre la permisibilidad de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura vigente en ese momento o en su defecto la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para la concesión de la medida administrativa cautelar en los términos solicitados por la denunciada.

En tal sentido se tiene, que la única norma que remitía a la aplicación del Código de Procedimiento Civil en el procedimiento administrativo disciplinario era el artículo 66 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura que textualmente establecía: «A los casos y situaciones no previstas en este procedimiento especial, les serán aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil en materia de lugar y tiempo de los actos procesales, nulidad de los mismos, citaciones y notificaciones. De la misma forma, serán aplicables las normas del Código de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto sean procedentes».

Por otra parte, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no establece una norma para la concesión de las medidas administrativas cautelares en el procedimiento administrativo constitutivo, en el sancionatorio o el disciplinario y tampoco remite en este aspecto a otra ley. Dicho esto, es preciso analizar la motivación de la resolución administrativa de naturaleza cautelar, en la cual se efectúan importantes consideraciones.

La Sala, en resolución administrativa de 2 de diciembre de 1997, actuando en ejercicio de la potestad disciplinaria, comienza por invocar la analogía y para ello acude al artículo 66 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, norma que consideró, la autorizaba *plenamente* para aplicar las disposiciones que regulan las medidas cautelares judiciales previstas en el Código de Procedimiento Civil.

Ello así, procedió la Sala, dentro del marco del procedimiento administrativo disciplinario, a revisar los presupuestos de procedencia de la medida cautelar judicial, contemplados en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala comenzó por establecer, que la Contraloría General de la República había difundido el contenido del procedimiento administrativo disciplinario que se seguía contra los Magistrados, infringiendo el carácter confidencial que le otorgaba el artículo 55 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura. Preciado esto, la Corte Suprema de Justicia pasó a analizar los presupuestos procesales de las medidas cautelares judiciales establecidos en los artículos citados del Código de Procedimiento Civil y finalmente procedió a conceder la medida administrativa cautelar, en los siguientes términos:

“Primero: Se ordena a la Contraloría General de la República en cualquiera de sus funcionarios, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, abstenerse de divulgar en forma alguna el contenido del procedimiento disciplinario abierto por denuncia de esa Contraloría contra Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sujetos a este procedimiento.

Segundo: Se ordena retirar inmediatamente de la página Web que tiene ese organismo en el sistema Internet, el texto de la denuncia que encabeza las presentes actuaciones, así como cualquier otra mención a través de las cuales se revelen elementos relacionados con este procedimiento disciplinario”.

Esta resolución administrativa emitida por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, permite extraer algunos principios

que se deben aplicar en los procedimientos administrativos disciplinarios. Estos principios son:

- a) Las medidas cautelares pueden ser concedidas con justificación en la aplicación analógica, –no obstante que rigurosamente el Principio de Legalidad exige que toda actuación de la autoridad administrativa tenga como fundamento una norma legal expresa–, por lo que en virtud de la obligación de sujeción de la actividad administrativa al Derecho, la analogía permite acudir a ella para llenar el vacío legal.
- b) En consecuencia, las medidas administrativas cautelares pueden ser concedidas aplicando las normas del Código de Procedimiento Civil, en materia de medidas cautelares judiciales.¹¹⁴
- c) Para la concesión de las medidas administrativas cautelares, la Sala –en ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria– exigió la existencia de sólo dos requisitos: La apariencia de buen derecho y el peligro en la mora, lo que suponía una diferencia notable con la tutela cautelar en el proceso administrativo, en cuyo caso, la Sala –en ejercicio de la función jurisdiccional– exigía el cumplimiento de tres requisitos: La apariencia de buen derecho, el peligro en la mora y el temor fundado de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.¹¹⁵
- d) Ello llevó a considerar que los requisitos para la concesión de las medidas administrativas cautelares en el procedimiento administrativo eran menos rígidos, que para la concesión de la tutela cautelar en el proceso administrativo.
- e) Las medidas administrativas cautelares pueden ser concedidas a todos los interesados que intervienen en el procedimiento adminis-

114. Artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

115. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 14 de febrero de 1996.

trativo, aun cuando sólo uno de ellos la haya solicitado, lo que constituye otra diferencia fundamental con el proceso administrativo.

f) Las medidas cautelares pueden consistir tanto en una prohibición, una autorización como una orden de hacer o de entregar un bien.

La resolución administrativa de la Sala Político Administrativa, al aceptar la aplicación analógica *in toto* del Código de Procedimiento Civil, pareciera dar cabida a la tramitación de la oposición a la misma, conforme a las normas de dicho Código, no obstante, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establece los principios generales en materia de procedimientos administrativos, dispone como vía de impugnación de los actos de trámite, los recursos administrativos y agotados éstos, el recurso contencioso administrativo de anulación, lo que ahora ha sido flexibilizado como se explicó anteriormente.

Lo dicho planteaba una interrogante: ¿Si la resolución administrativa que concede la medida cautelar constituye un acto administrativo de trámite, se puede realizar la oposición a la misma, a través del Código de Procedimiento Civil, conforme a las normas establecidas para la tramitación de las medidas cautelares judiciales o si se debe impugnar a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales previstos en las respectivas leyes, contra los actos de trámite?.

El planteamiento anterior, conduce a una respuesta algo más compleja que escoger entre la aplicación del Código, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues además de la escogencia entre esos textos normativos, se podría plantear una tercera solución, la aplicación del procedimiento de oposición a las medidas administrativas cautelares y resuelta la incidencia cautelar en vía administrativa, los interesados podrían proceder a la impugnación, a través de los recursos administrativos o de ser el caso, a través del recurso contencioso administrativo de anulación, es decir, que se podría llegar a una aplicación complementaria y sucedánea de dichos textos legales. En todo caso, la solución a esta situación debe brindarla la jurisprudencia, mientras no se produzca la reforma legal sobre la materia.

Se señaló al comienzo, que la resolución administrativa era curiosa e interesante y hasta ahora sólo se ha hecho referencia a este último aspecto,

por lo que corresponde hacer un comentario en relación a lo primero. La resolución resulta curiosa, porque siendo el expediente administrativo disciplinario *confidencial* al estar limitado su acceso sólo a los interesados, conforme lo establecía el artículo 55 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura vigente en ese momento, no se debió publicar la resolución administrativa cautelar en la cuenta de sentencias –pues obviamente no es una sentencia– de la Sala y menos aun permitir su acceso a terceros ajenos al procedimiento, pues con ello se permitió exactamente lo contrario a lo que se trataba de proteger, hacer del conocimiento público, parte de la información que cursaba en el referido expediente administrativo disciplinario.

Se puede observar que la medida administrativa cautelar en el procedimiento administrativo había comenzado a transitar un nuevo camino, que se proyectaría en el futuro desarrollo legislativo de tales medidas.

Es así como en entre la última década del siglo XX y la primera década de siglo XXI, se efectuaban importantes reformas jurídicas –en particular en los sectores económico y social– para incorporar las medidas administrativas cautelares o provisionales procedentes en los procedimientos administrativos, tal como se aprecia en materia económica con la Ley para la promoción y protección del ejercicio de la libre competencia,¹¹⁶ el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de promoción a la inversión privada bajo el régimen de concesiones,¹¹⁷ la Ley orgánica de telecomunicaciones,¹¹⁸ la Ley orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento,¹¹⁹ la Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios,¹²⁰ la Ley de contrataciones públicas,¹²¹ la Ley de la actividad aseguradora,¹²² la Ley de instituciones del sector bancario,¹²³ y

116. Gaceta Oficial N° 34.880, de 13 de enero de 1992.

117. Gaceta Oficial N° 5.394, de 25 de octubre de 1999.

118. Gaceta Oficial N° 39.610, de 7 de febrero de 2011.

119. Gaceta Oficial N° 38.763, de 6 de septiembre de 2007.

120. Gaceta Oficial N° 39.358, de 1° de febrero de 2010

121. Gaceta Oficial N° 39.503, de 6 de septiembre de 2010.

122. Gaceta Oficial N° 39.481, de 5 de agosto de 2010.

123. Gaceta Oficial N° 6.015, de 28 de diciembre de 2010.

en materia social, con la Ley de estatuto de la función pública¹²⁴ y el Reglamento de la Ley orgánica del trabajo.¹²⁵

4.3. La interpretación jurisprudencial de los principios de razonabilidad y proporcionalidad

En el Estado de Derecho constituye un axioma que emerge de la propia Constitución, que la potestad discrecional de los órganos que ejercen el Poder Público debe ejercitarse con estricta sujeción a los principios de proporcionalidad y racionalidad. Ello ha sido objeto de desarrollo legislativo en el ámbito del Derecho Administrativo, a través del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.¹²⁶

Esta potestad puede ser ejercitada por la Administración Pública en el procedimiento administrativo constitutivo, el sancionatorio o el disciplinario, tanto a los fines de imponer las sanciones tipificadas legalmente, como para adoptar medidas administrativas cautelares dirigidas a garantizar la ejecución de la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo, siempre que ésta tenga la competencia para realizar esto último en la respectiva norma jurídica, con sujeción plena a la Ley y al Derecho, tal como lo dispone el artículo 141 de la Constitución.

En tal sentido se debe destacar, que ante la posibilidad de afectar o limitar el ejercicio de los derechos y libertades, la Administración Pública en su condición de vicaria del interés general debe efectuar una ponderación de los costos beneficios de la decisión que pretende adoptar, junto con el examen de la proporcionalidad de la restricción o gravamen que se irrogará y que debe estar dentro de lo razonable, para que sea admisible o tolerable dentro de una sociedad democrática.

124. Gaceta Oficial N° 37.522, de 6 de septiembre de 2002.

125. Gaceta Oficial N° 38.426, de 28 de abril de 2006.

126. Al respecto, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece: "Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o resolución a juicio de la autoridad competente, dicha medida o resolución deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia".

En este orden de ideas, resulta valioso destacar los aportes provenientes de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo de Justicia, respecto a lo que significa el ejercicio de la potestad cautelar de la Administración Pública dentro de un procedimiento administrativo constitutivo, sancionatorio o disciplinario, la cual está sujeta a los principios de *proporcionalidad*, *razonabilidad* y *urgencia*. En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional,¹²⁷ confirmó la apelación interpuesta contra una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, señalando cuáles son los criterios relevantes respecto del ejercicio de la potestad cautelar por las autoridades administrativas: “... el ente presuntamente agravante se encuentra legalmente facultado para dictar medidas cautelares tendentes a garantizar la efectividad del acto administrativo que pondrá fin al proceso que se está sustanciando. Sin embargo, la naturaleza de las medidas cautelares en sede administrativa, hacen que su empleo deba ser de carácter restrictivo, y que cumpla, no sólo los elementos propios de las cautelares, a saber: el *fumus bonus iuris* y el *periculum in mora*, sino que además deben respetar los principios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad a fin de evitar graves perjuicios a los particulares”.

La Sala Constitucional luego de evaluar los alegatos formulados por el actor y el demandado, –como juez en esa segunda instancia–, concluye que las medidas cautelares administrativas fueron excesivas y desproporcionadas por haber impuesto una carga exorbitante al infractor “al ordenarle retirar del mercado a su costo, cuenta y riesgo el producto Brahma Light que presentaban las etiquetas sobre las cuales recayó el procedimiento administrativo, lo cual sin lugar a dudas constituiría un perjuicio patrimonial, si se declarase la inexistencia de la práctica que se denuncia como prohibida”.

A lo anterior se agrega, que la autoridad administrativa no solicitó al denunciante en el procedimiento administrativo la caución prevista en la Ley y tampoco le permitió al denunciado “suspender los efectos –previa caución– de las medidas cautelares acordadas, lo cual evidencia que el ente

127. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1140, de 15 de mayo de 2003.

administrativo no garantizó el equilibrio de las partes en el procedimiento administrativo, pues debió considerar que los efectos de las medidas, deben ocasionar el menor costo al presunto infractor o por lo menos garantizarle el resarcimiento de los posibles daños que pudiera sufrir si su actuación no resulta anticompetitiva”.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa,¹²⁸ ha reiterado que: “... la actividad cautelar de la Administración debe estar sujeta a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y urgencia, y además tiene que analizarse si ciertamente existe un derecho que proteger y si esa protección debe ser tan urgente que es necesario que se aplique una medida cautelar durante el curso del procedimiento administrativo sancionatorio. De lo expuesto, se desprende que si bien la Administración goza de un poder cautelar, éste debe ser ejercido de una forma razonable, es decir, que la medida impuesta al interesado no se constituya en una sanción definitiva que pueda vulnerar sus derechos constitucionales”.

Aplicando estos criterios exigidos a la Administración Pública al momento de expedir las medidas administrativas cautelares, –por doctrina científica¹²⁹ y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia–, ésta deberá realizar el *test* proporcionalidad y razonabilidad para conceder las medidas administrativas cautelares, teniendo en consideración:

- a) Si la medida administrativa cautelar puede tener carácter restrictivo, impositivo o de gravamen, únicamente deberá adoptarse cuando se encuentren plenamente demostrados los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, pues en caso contrario, se incurría en el ejercicio de una potestad administrativa arbitraria.

128. Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa, sentencia 481, de 20 de marzo de 2007.

129. En la doctrina científica, se hace referencia a que los actos jurídicos que limitan o afectan derechos o libertades, sean idóneos, necesarios y proporcionales en sentido estricto. Véase, Jesús María Casal H., Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 2526-2528.

Con respecto a este primer supuesto, debe ratificarse, tal como se ha expresado anteriormente, que los presupuestos procesales de apariencia de buen derecho y peligro en la mora deben cumplirse de manera concurrente, pero al no estar presente la apariencia de buen derecho, no existe jurídicamente riesgo alguno de que la adopción de una decisión final declarase la comisión de una infracción que presuntamente no existe y menos aun que conlleve a la imposición de una sanción, como la que se pretende garantizar a través de la medida cautelar.

Además, en el supuesto que existiese alguna sanción que implicase el pago de sumas de dinero, ello en ningún caso sería urgente como para justificar una medida cautelar, salvo que exista una prueba fehaciente del riesgo que el destinatario de la eventual sanción cayese en estado de atraso, quiebra o cese de operaciones comerciales.

b) El principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de la obligación negativa de interdicción de exceso, es decir, que la medida administrativa cautelar se dicte con estricta sujeción a la norma jurídica y a las exigencias de la situación, con el objeto de alcanzar la finalidad en ella prevista. Esto conduce a verificar si la medida administrativa cautelar es realmente la idónea, adecuada y eficaz, es decir, no es excesiva, exagerada, desproporcionada y en consecuencia inconstitucional.

c) El principio de razonabilidad, asociado al anterior, que conduce a causar o infligir el menor costo o gravamen al presunto infractor, lo que implica que la medida cautelar se dicte únicamente si es necesaria y no exista una medida alterna que resulte menos gravosa para los derechos o libertades de los presuntos infractores, siempre y cuando tal medida alterna permita lograr la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico.

V. LAS CONSIDERACIONES FINALES

Durante los 30 años de vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se han experimentado cambios económicos, culturales, sociales y tecnológicos que han sido recogidos parcialmente en la legislación, analizados por la doctrina científica y en algunos casos asumidos por la jurisprudencia de vanguardia.

Todo ello ha conducido a que la doctrina científica haya venido planteando las reformas de tercera generación, lo que impone una revisión cualitativa y serena de la legislación en materia de procedimientos administrativos, que contemple tanto la transformación institucional del Estado constitucional y democrático de Derecho (del modelo prestacional al modelo de garantía de prestaciones),¹³⁰ como del nivel de progreso tecnológico y la complejidad de las relaciones e informaciones que se generan entre distintas Administraciones Públicas (internacionales, supranacionales, nacionales, estatales y locales) y las personas, que exigen una manera de actuación distinta a la imposición y la coerción, mediante el diálogo, la comunicación, la cooperación, el encuentro, el consenso, lo que demanda una nueva filosofía en la regulación del procedimiento administrativo, que le brinde mayor calidad democrática, la que se aspira sea asumida en la próxima reforma del procedimiento administrativo en Venezuela.

130. Víctor R. Hernández-Mendible, La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum en honor a Gaspar Ariño Ortíz*. Comares. Granada. 2011.



III.

La ley de Procedimiento administrativo Alemana
(VwVfG)



Verwaltungsverfahrensgesetz –VwVfG–

Ley alemana de procedimiento administrativo* **

TITULO I ÁMBITO DE APLICACIÓN. COMPETENCIA EN RAZÓN DEL TERRITORIO. COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA. AUXILIO ADMINISTRATIVO. COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sección 1

Ámbito de Aplicación. Competencia en razón del territorio. Comunicación electrónica

Artículo 1. Ámbito de aplicación

(1) La presente ley es aplicable a la actividad administrativa de derecho público por parte de las autoridades administrativas (*Behörden*)

1. de la Federación, las corporaciones, establecimientos y fundaciones de derecho público, que dependen directamente de la Federación,
2. de los Länder, los municipios y agrupaciones municipales, las otras personas jurídicas de derecho público sometidas al control del Land, en la medida que ejecutan el derecho federal por cuenta de la Federación, salvo que la normativa de la Federación contenga disposiciones idénticas o contrarias.

(2) ¹La presente ley es igualmente aplicable a la actividad administrativa de derecho público por parte de las autoridades mencionadas en el

* Del 25 de mayo de 1976, BGBl IS 1253 y entrada en vigencia el 1º de enero de 1977. Incluye las modificaciones hasta el 14 de agosto de 2009, BGBl IS 2827, 2839.

** Traducción: Profesores Hermann-Josef Blanke, Evelyn Patrizia Gottschau y Pedro Aberastury. Colaboración: Konrad Scheuermann

apartado 1 Nro 2 cuando los Länder ejecutan como propio derecho federal que concierne a materias de legislación exclusiva o concurrente de la Federación, salvo que la normativa de la Federación contenga disposiciones idénticas o contrarias. ²Esto solamente rige a la ejecución de las leyes federales dictadas posteriormente a la entrada en vigencia de la presente ley en la medida que las leyes federales declaren, con la aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat*), que la presente ley es aplicable.

(3) La presente ley no es aplicable para la ejecución del derecho federal por parte de los Länder en la medida que la actividad administrativa de derecho público de las autoridades administrativas se encuentra reglamentada por una ley de procedimiento administrativo a nivel de los Länder.

(4) Se considera autoridad administrativa a los efectos de la presente ley, cada sede que ejerza funciones de la administración pública.

Artículo 2. Excepciones al ámbito de aplicación

(1) La presente ley no es aplicable a la actividad de las Iglesias, las sociedades religiosas y a las comunidades religiosas e ideológicas como así también a sus asociaciones y organizaciones.

(2) La presente ley tampoco es aplicable

1. a los procedimientos tributarios de las autoridades financieras de la Federación o de los Länder,
2. a la prosecución penal, a la prosecución y represión de las contravenciones administrativas, al auxilio judicial para el extranjero en materias de derecho penal y civil y, sin perjuicio del artículo 80, ap.4, a las medidas tomadas en virtud de la normativa disciplinaria para la magistratura,
3. a los procedimientos que se sustancian en la Oficina alemana de patentes y marcas y a las instancias arbitrales establecidas en aquella,
4. a los procedimientos aplicables por el Código de derecho social,
5. al derecho aplicable a la fijación de compensación de cargas (por consecuencia de la II Guerra Mundial),
6. al derecho aplicable a la reparación de daños a las víctimas del nazismo.

(3) En lo que concierne a la actividad

1. de las administraciones judiciales y de las autoridades de la administración judicial, inclusive las corporaciones de derecho público sometidas a su control, la presente ley solo se aplica en la medida que su actividad se encuentra sometida al control de los tribunales de la justicia administrativa o de los tribunales competentes para asuntos de abogados y agentes de patentes o de notarios;
2. de las comisiones examinadoras, de aptitudes, o de exámenes similares de personas, sólo son aplicables los Artículos 3a a 13, 20 a 27, 29 a 38, 40 a 52, 79, 80 y 96 ;
3. de las representaciones de la República Federal en el extranjero, la presente ley no se aplica.

Artículo 3. Competencia en razón del territorio

(1) Es competente en razón del territorio

1. la autoridad administrativa, dentro de la circunscripción en la cual está situado el bien o el lugar en los asuntos concernientes a un bien inmueble o a un derecho o una relación jurídica ligados a un determinado lugar;
2. la autoridad administrativa de la circunscripción donde está situada la empresa o su local o donde se realiza o debe ser realizada la profesión o la actividad, en los asuntos que se refieren a la actividad de una empresa o de uno de sus locales, al ejercicio de su profesión u otra actividad permanente;
3. en otros asuntos que se refieren a
 - a. una persona física, la autoridad administrativa en cuya circunscripción la persona física tiene o tenía últimamente su lugar de residencia habitual,
 - b. una persona jurídica o una asociación, la autoridad administrativa en cuya circunscripción la persona jurídica o la asociación tiene o tenía últimamente su sede;
4. en los asuntos en los cuales no surge la competencia de los números 1 a 3, la autoridad administrativa en cuya circunscripción proviene la causa de la actividad de la administración.

(2) ¹Si varias autoridades, según el apartado 1°, son competentes, decide la autoridad administrativa que intervino en primer lugar en el asunto, a menos que la autoridad administrativa común competente de control funcional decida que pertenece a la autoridad de otra circunscripción con decisión. ²Cuando un mismo asunto concierne a varios locales de una misma empresa, la autoridad de control común puede designar a una de las autoridades competentes para la aplicación del apartado 1° Nro 2 como autoridad competente común, cuando una decisión uniforme se impone que sea adoptada respetando los intereses de las partes. ³Esta autoridad de control funcional decide, además, sobre la competencia territorial cuando varias autoridades administrativas consideran ser competentes o incompetentes o cuando la competencia es dudosa por otros motivos. ⁴En caso de ausencia de autoridad común de control, las autoridades competentes para el control funcional deben adoptar una decisión conjunta.

(3) Si en el transcurso del procedimiento administrativo las circunstancias que fundamentan la competencia se modifican, la autoridad hasta ese momento competente puede continuar el procedimiento administrativo cuando ello permite un desenvolvimiento simple y oportuno del mismo respetando los intereses de las partes y si la autoridad en adelante competente da su aprobación.

(4) ¹En caso de peligro inminente, toda autoridad dentro de la circunscripción donde proviene la causa de la actividad de la administración, es territorialmente competente para la adopción de las medidas improrrogables. ²La autoridad administrativa territorialmente competente en virtud del apartado 1°, Nros 1 a 3, debe ser informada sin demora.

Artículo 3a. Comunicación electrónica

(1) La transmisión de documentos electrónicos es admisible, en la medida que el destinatario disponga de un acceso a dicho efecto.

(2) ¹Una forma escrita establecida por una norma puede, salvo que otra norma disponga lo contrario, ser reemplazada por la forma electrónica. ²En este caso, el documento electrónico debe contener una firma electrónica calificada conforme la ley de firmas electrónicas. ³No se encuentra permitido firmar con un seudónimo que impida la identificación de la persona propietaria de la clave de la firma.

(3) ¹Si la autoridad no se encuentra en condiciones de analizar un documento electrónico que le ha sido transmitido, deberá sin demora indicar al remitente las condiciones técnicas generales aplicables al mismo. ²Si el destinatario invoca su imposibilidad para trabajar con el documento electrónico transmitido por la autoridad administrativa, ésta debe enviarlo nuevamente en un formato electrónico apropiado o en documento escrito.

Sección 2

Auxilio Administrativo

Artículo 4. Deber de Auxilio Administrativo

(1) Cada autoridad administrativa proporciona ayuda adicional a las otras a su requerimiento (Auxilio Administrativo).

(2) No se trata de Auxilio Administrativo cuando

1. las autoridades administrativas entre sí proporcionan ayuda por una relación jerárquica existente;
2. la ayuda a proporcionar consiste en actividades que la autoridad administrativa requerida debe cumplimentarla en base a su propia función.

Artículo 5. Requisitos y límites al Auxilio Administrativo

(1) Una autoridad administrativa puede, en particular, solicitar Auxilio Administrativo cuando

1. razones de derecho impiden su propia actividad administrativa;
2. razones de hecho, en particular la falta de personal de servicio o de instalaciones necesarias, le impiden su propia actividad administrativa;
3. el cumplimiento de sus funciones depende del conocimiento de hechos que le son desconocidos y no podrían ser averiguados por ella;
4. para el cumplimiento de sus funciones necesite de instrumentos o de otros medios de prueba que se encuentran en poder de la autoridad administrativa requerida;

5. su actividad administrativa sólo podría realizarse con un esfuerzo esencialmente mayor que el de la autoridad requerida.

(2) ¹La autoridad administrativa requerida no debe proporcionar ayuda cuando

1. no se encuentra en condiciones de hacerlo por razones de derecho;
2. el auxilio significaría ocasionar perjuicios graves al bien de la Federación o de un Land.

²La autoridad requerida se encuentra especialmente dispensada de la obligación de producir los instrumentos o archivos y de dar informaciones cuando los hechos respectivos deben permanecer confidenciales en virtud de una ley o en razón de su naturaleza.

(3) La autoridad administrativa requerida puede no prestar auxilio cuando

1. otra autoridad administrativa puede proporcionar auxilio de una manera esencialmente mas simple o con esfuerzos esencialmente menores;
2. ella solo podría proporcionar auxilio con esfuerzos desproporcionados;
3. considerando las funciones de la autoridad requirente, el auxilio comprometería seriamente el cumplimiento de sus propias funciones.

(4) La autoridad administrativa requerida no puede rehusarse a proporcionar auxilio porque estima inoportuna la solicitud por otros motivos que los enunciados en el apartado 3 o porque la medida a realizarse con el auxilio administrativo la estima inoportuna.

(5) ¹Si la autoridad administrativa requerida considera no encontrarse obligada a proporcionar auxilio, ella deberá expresar su posición a la autoridad requirente. ²Si esta última insiste en el auxilio administrativo, la autoridad administrativa común competente de control funcional, en la medida que ésta exista, o en defecto la autoridad competente de control funcional de la autoridad requerida decide sobre la obligación de auxilio administrativo.

Artículo 6. Selección de la autoridad administrativa

Cuando el auxilio administrativo puede ser requerido a varias autoridades administrativas debe ser, dentro de las posibilidades, solicitada a

una autoridad del nivel mas bajo en la jerarquía administrativa de la rama administrativa a la cual pertenece la autoridad administrativa requirente.

Artículo 7. Ejecución del auxilio administrativo

(1) La admisibilidad de la medida que debe ser objeto del auxilio administrativo se determina según el derecho aplicable a la autoridad requirente y la ejecución del auxilio administrativo según el derecho aplicable de la autoridad requerida.

(2) ¹La autoridad administrativa requirente frente a la autoridad administrativa requerida responde por la legalidad de la medida a implementarse. ²La autoridad requerida es responsable de ejecutar el auxilio administrativo.

Artículo 8. Costes del auxilio administrativo

(1) ¹La autoridad administrativa requirente no se encuentra obligada a pagar a la autoridad administrativa requerida ninguna tasa administrativa por el auxilio administrativo. ²A requerimiento, ella debe reembolsar a la autoridad requerida los gastos si ellos exceden, en cada caso particular, de 35 Euros. ³Cuando las autoridades administrativas dependen de una misma entidad se proporcionan mutuamente auxilio, los gastos no son reembolsables.

(2) Si la autoridad administrativa requerida ejecuta el auxilio mediante una actividad que implique costes obligatorios, le corresponde percibir los costes adeudados (tasas administrativas, tasa de uso y gastos) por un tercero.

Sección 3

Cooperación administrativa de la Unión Europea

Artículo 8a. Principios del auxilio administrativo

(1) Cada autoridad administrativa presta auxilio a otras autoridades administrativas de otros estados miembros de la Unión Europea a solicitud, en la medida que ello esté regulado conforme a los actos jurídicos de la Unión Europea.

(2) Autoridades administrativas de otros estados miembros de la Unión Europea pueden ser requeridas para solicitar auxilio en la medida que ello esté permitido conforme los actos jurídicos de la Unión Europea. Auxilio se requerirá en la medida que ello esté exigido conforme a actos jurídicos de la Unión Europea.

(3) Los Artículos 5, 7, y 8 apartado 2 deben ser aplicados por analogía en la medida que no contradigan los actos jurídicos de la Unión Europea.

Artículo 8b. Forma y tratamiento de las solicitudes

(1) Solicitudes se dirigirán en idioma alemán a las autoridades administrativas de otros países miembros de la Unión Europea; en la medida que sea necesario se le adjuntará una traducción. Las solicitudes serán fundadas conforme a los requisitos de la Unión y bajo la indicación del acto jurídico que corresponda.

(2) Solicitudes de autoridades administrativas de otros Estados Miembros de la Unión Europea solamente pueden ser tramitadas cuando su contenido resulta de los archivos en idioma alemán. En caso de solicitudes en otro idioma se deberá exigir, en la medida que sea necesario, una traducción a la autoridad administrativa requirente.

(3) Solicitudes de autoridades de otros Estados Miembros de la Unión Europea pueden ser rechazadas, en caso de no estar fundadas debidamente y bajo la indicación del acto jurídico correspondiente y en caso de que después de una intimación, no es cumplida la fundamentación necesaria.

(4) Servicios y medios de la Comisión Europea para el tratamiento de solicitudes deben ser empleados. Informaciones deben ser transmitidas por vía electrónica.

Artículo 8c. Costes del auxilio administrativo

Autoridades requirentes de otros Estados Miembros de la Unión Europea solo deben reembolsar tasas administrativas o gastos, en la medida que ello puede ser exigido conforme los actos jurídicos de la Unión Europea.

Artículo 8d. Comunicaciones de Oficio

(1) La autoridad competente comunica a las autoridades administrativas de otros Estados Miembros de la Unión Europea y a la Comisión europea datos sobre los asuntos y personas, en cuanto ello esté exigido conforme los actos jurídicos de la Unión Europea. Para ello se utilizarán las redes de información instaladas al efecto.

(2) Cuando una autoridad administrativa comunica datos de acuerdo al apartado 1 a la autoridad administrativa de otro Estado Miembro de la Unión Europea, se le informa al afectado sobre el hecho de la comunicación, en la medida que actos jurídicos de la Unión Europea lo prevén; al mismo tiempo se deberá indicar el carácter de los datos y la finalidad y la base legal de la comunicación.

Artículo 8 e. Aplicabilidad.

Las disposiciones de esta sección se aplicarán con la entrada en vigor del respectivo acto jurídico de la Unión Europea, cuando éste tenga efectos inmediatos, por lo demás con el transcurso del respectivo plazo de la implementación. También se aplican en relación a otros Estados contratantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en la medida que actos jurídicos de la Unión Europea se aplican también a esos Estados.

TÍTULO II
DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO

Sección 1
Principios del procedimiento

Artículo 9. Concepto de procedimiento administrativo

A los efectos de la presente ley, el procedimiento administrativo consiste en la actividad de las autoridades administrativas que producen efectos externos a la administración dirigido al control de los presupuestos, a la preparación y a la emisión de un acto administrativo o a la conclusión

de un contrato de derecho público; abarca la emisión de un acto administrativo o la conclusión de un contrato de derecho público.

Artículo 10. Informalismo del procedimiento administrativo

¹El procedimiento administrativo no se encuentra sujeto a formas determinadas en cuanto no exista normativa especial sobre la formalidad del procedimiento. ²Su desarrollo será simple, oportuno y eficaz.

Artículo 11. Capacidad para ser parte

Tienen capacidad para intervenir en un procedimiento

1. las personas físicas y jurídicas,
2. las asociaciones en la medida que les puede corresponder un derecho,
3. las autoridades administrativas.

Artículo 12. Capacidad procedimental

(1) Tienen capacidad para realizar actos procedimentales

1. las personas físicas que sean capaces en virtud del Código civil,
2. las personas físicas que tienen la capacidad restringida en virtud del derecho civil, en la medida que se les reconozca por el objeto del procedimiento, la capacidad por disposiciones del derecho civil o capacidad para actuar conforme las disposiciones del derecho público,
3. las personas jurídicas y las asociaciones (Artículo 11 n° 2) por intermedio de sus representantes legales o mandatarios especiales,
4. las autoridades administrativas, por intermedio de sus jefes, sus suplentes o encargados.

(2) Si existiera una restricción al consentimiento según el Artículo 1903 del Código Civil por el objeto del procedimiento, un tutelado capaz para contratar solo es capaz para la realización de actos procedimentales en tanto que, según las disposiciones del derecho civil, puede actuar sin consentimiento del tutor, o es reconocido como capaz según las disposiciones del derecho público.

(3) Los Artículos 53 y 55 del Código de procedimiento civil son aplicables por analogía.

Artículo 13. Partes

(1) Son partes el requirente y el requerido,

1. aquellas a las cuales la autoridad administrativa quiere dirigir o ha dirigido el acto administrativo,
2. aquellas con las cuales la autoridad administrativa quiere concluir o con quien ha concluido un contrato de derecho público,
3. aquellas que han sido llamadas a participar en el procedimiento por la autoridad administrativa en virtud del apartado 2.

(2) ¹La autoridad administrativa puede, de oficio o a solicitud, citar al procedimiento en calidad de parte a aquellos cuyos intereses jurídicos pueden ser afectados por el resultado del procedimiento. ²Si el resultado del procedimiento tiene efectos jurídicos constitutivos para un tercero, éste debe, a solicitud, ser llamado a participar en el procedimiento en calidad de parte; en la medida que es conocido por la autoridad administrativa, ella debe comunicarle el inicio del procedimiento.

(3) Quien sea oído en el procedimiento administrativo, sin que los presupuestos del Apartado 1º se encuentren reunidos, no deviene parte.

Artículo 14. Mandatarios y consejeros jurídicos

(1) ¹Una parte puede hacerse representar por un mandatario. ²El mandato faculta para cumplimentar todos los actos procedimentales referidos al procedimiento administrativo, salvo que no resulte otra cosa de su contenido. ³A requerimiento, el mandatario debe acompañar la prueba escrita de su mandato. ⁴Una revocación del mandato recién producirá efectos en la autoridad administrativa cuando le sea comunicada.

(2) El mandato no cesa ni por el fallecimiento del mandante ni por una modificación de su capacidad o de las condiciones de su representación legal; el mandatario, sin embargo, en la medida que intervenga en el procedimiento administrativo por cuenta del sucesor, debe presentar a requerimiento un mandato escrito de éste.

(3) ¹Si un mandatario ha sido designado para el procedimiento administrativo, la autoridad administrativa debe dirigirse a él. ²Ella puede dirigirse a la parte en la medida que ésta se encuentre obligada a cooperar. ³Si la autoridad administrativa se dirige a la parte, el mandatario debe ser informado. ⁴Disposiciones referidas al régimen de notificaciones a mandatarios quedan intactas.

(4) ¹Una parte puede comparecer a las audiencias y a los debates asistida de un consejero jurídico. ²La exposición del consejero jurídico vale como si lo hubiere expresado la parte, salvo que ésta lo desaprobara de forma inmediata.

(5) Los mandatarios y consejeros jurídicos deben ser rechazados cuando prestan servicios judiciales contrariamente a lo dispuesto en el Artículo 3 de la ley de servicios judiciales.

(6) ¹Los mandatarios y consejeros jurídicos pueden ser rechazados en ocasión del alegato, si no se encuentran calificados para ello; pueden ser rechazados en el alegato oral cuando no sean capaces de exponer el alegato en forma adecuada. ²Las personas habilitadas según Artículo 67 apartado 2 frase 1 y 2 Nro 3 a 7 de la ley de la Justicia Administrativa para la representación en un proceso ante la Justicia Administrativa no pueden ser rechazados.

(7) ¹En los casos de rechazo previstos en los apartados 5 y 6, la comunicación debe ser igualmente realizada a la parte cuyo mandatario o consejero jurídico es rechazado. ²Los actos procedimentales cumplidos por el mandatario o consejero jurídico rechazado, posteriores al rechazo, constituyen actos ineficaces.

Artículo 15. Designación de un mandatario para la recepción de comunicaciones

¹Una parte sin domicilio ni residencia habitual, sede o dirección comercial en el territorio nacional debe designar, a pedido de la autoridad administrativa, en un plazo adecuado, un mandatario en el territorio nacional, para la recepción de comunicaciones. ²En caso de omisión de su parte, todo documento escrito a ella dirigida se la considera recibida al séptimo día de haber sido despachada en el correo y todo documento transmitido por vía electrónica el tercer día después de su envío. ³Esto no

se aplica, si existe constancia que el documento no ha sido recibido por el destinatario o ha sido recibido en una fecha posterior. ⁴Las consecuencias jurídicas de la omisión deben ser informadas a la parte.

Artículo 16. Designación de oficio de un representante

(1) Ante la ausencia de un representante, el tribunal para casos de incapacidad, el tribunal de familia en el supuesto de una parte menor de edad, debe designar un representante apropiado a solicitud de la autoridad administrativa

1. para una parte que no puede ser identificada;
2. para una parte ausente cuya residencia es desconocida o que se encuentra impedida de ocuparse de sus asuntos;
3. para una parte sin residencia en el territorio nacional, si esta parte dentro del plazo establecido para ello por la autoridad administrativa no haya designado un representante;
4. para una parte que, en razón de una enfermedad síquica o física, mental o anímicamente incapacitada, no se encuentra en condiciones de intervenir personalmente en el procedimiento administrativo;
5. cuando son objeto del procedimiento administrativo bienes sin dueño, para salvaguardar los derechos y obligaciones resultantes de ellas.

(2) La designación del representante en el caso previsto en el apartado 1º, nº 4 le compete al tribunal en cuya circunscripción la parte tiene su residencia habitual; para lo demás, es competente el tribunal en cuya circunscripción la autoridad administrativa requirente tiene su sede.

(3) ¹El representante de la entidad de la cual depende la autoridad administrativa que lo haya designado, tiene el derecho a una remuneración adecuada y a un reembolso por gastos que realizó en efectivo. ²La autoridad administrativa puede solicitar al representado el reembolso de sus gastos. ³Ella determina la remuneración y examina los gastos y costes.

(4) Para lo demás, se aplican para la designación del representante y su ejercicio las disposiciones relativas a la tutela en los casos del apartado 1º, nº 4 y en los demás casos las disposiciones sobre curaduría por analogía.

Artículo 17. Representantes en peticiones uniformes

(1) ¹Si en el procedimiento administrativo existen solicitudes y peticiones que llevan la firma de mas de cincuenta personas en listas de firmas o se presentan reproducidos textos en forma idéntica (peticiones uniformes), es considerado para el procedimiento administrativo como representante del conjunto de firmantes, aquel firmante que está designado como representante con su nombre, su profesión y su domicilio, en la medida que los firmantes no lo han designado como mandatario. ²Solo una persona física puede ser representante.

(2) ¹La autoridad administrativa puede no considerar las peticiones uniformes que no contengan las menciones del apartado 1º, primera frase, de manera bien visible en cada una de las páginas donde se encuentra una firma o bien por no cumplimentar la exigencia prevista en el apartado 1º, 2da frase. ²Si la autoridad administrativa quiere proceder de esta manera, ella debe realizar un aviso público según los usos de la localidad. ³La autoridad administrativa puede, además, no tomar en consideración las peticiones uniformes en cuanto los firmantes no se encuentran indicados o son indicados de una manera ilegible su nombre o su domicilio.

(3) ¹La facultad de representación se extingue cuando el representante o el representado lo manifiesta ante la autoridad administrativa por declaración escrita; el representante sólo puede realizar esta declaración solo por el conjunto de los representados. ²Si esta declaración proviene de un representado, debe al mismo tiempo comunicar a la autoridad administrativa si mantiene su petición y si ha designado un mandatario.

(4) ¹Si la facultad del representante llega a su fin, la autoridad administrativa puede intimar a las personas que no son más representadas a designar un representante común en un plazo adecuado. ²Si la intimación debe ser enviada a más de cincuenta personas, la autoridad administrativa puede publicarla por aviso público según los usos de la localidad. ³Si la intimación no es contestada dentro del plazo previsto, la autoridad administrativa puede designar de oficio a un representante común.

Artículo 18. Representante en caso de partes con interés idéntico

(1) ¹Si en un procedimiento administrativo mas de cincuenta personas con un interés idéntico participan sin encontrarse representados, la

autoridad administrativa puede intimarlos a designar en un plazo adecuado a un representante común si en lo demás pudiera ocasionar perjuicio al adecuado desenvolvimiento del procedimiento administrativo. ²Si ellas no acceden a esta intimación dentro del plazo otorgado, la autoridad administrativa puede designar de oficio a un representante común. ³Solo una persona física puede ser representante.

(2) ¹La facultad de representación se extingue cuando el representante o el representado lo manifieste ante la autoridad administrativa por declaración escrita; el representante sólo puede realizar esta declaración por el conjunto de los representados. ²Si esta declaración proviene de un representado, debe al mismo tiempo comunicar a la autoridad administrativa si mantiene su petición y si ha designado un mandatario.

Artículo 19. Disposiciones comunes aplicables a los representantes en las peticiones uniformes y con interés idéntico

(1) ¹El representante debe ejercer diligentemente los intereses de los representados. ²Puede realizar todos los actos procedimentales referidos al procedimiento administrativo. ³No se encuentra vinculado por instrucciones.

(2) El Artículo 14, apartados 5 a 7 se aplica por analogía.

(3) ¹El representante designado por la autoridad administrativa tiene, de la entidad de la cual depende la misma, el derecho a una remuneración y a un reembolso por gastos que realizó en efectivo. ²La autoridad administrativa puede solicitar a los representados, equitativamente, el reembolso de sus gastos. ³Ella determina la remuneración y examina los gastos y costes.

Artículo 20. Personas excluidas

(1) ¹No puede intervenir en un procedimiento administrativo por una autoridad administrativa

1. quien es parte;
2. quien tiene parentesco con una parte;
3. quien representa a una parte en virtud de una ley o un mandato, a título general o dentro de este procedimiento administrativo;

4. quien tiene parentesco con una persona que representa a una parte en este procedimiento administrativo;
5. quien es empleado de una parte por una remuneración o que se desempeña como miembro de su directorio, del consejo de vigilancia o de un órgano análogo; esta regla no se aplica a la persona que es empleada por la corporación de que es parte;
6. quien, fuera de su función oficial, en el asunto realizó un dictamen o intervino en lo demás de otra manera.

²Se considera igual a la parte quien pueda obtener una ventaja directa o padecer un perjuicio directo por la actividad o la decisión. ³Esto no se aplica si la ventaja o la desventaja se deriva por pertenecer a una categoría profesional o de población cuyos intereses comunes son alcanzados por el asunto.

(2) El apartado 1º no se aplica a las elecciones para una actividad honorífica ni para la revocación de puestos honoríficos.

(3) Quien se encuentra excluido en virtud del apartado 1º, en caso de peligro inminente, puede adoptar medidas improrrogables.

(4) ¹Si un miembro de una comisión (Artículo 88) se considera excluido o si existen dudas respecto al cumplimiento de los requisitos del apartado 1º, el presidente de la comisión debe ser informado. ²La comisión decide sobre la exclusión. ³El afectado no puede participar en esta decisión. ⁴El miembro excluido no puede presentarse más en el debate y en la adopción de la resolución.

(5) ¹Se considera parentesco a efectos del apartado 1º, Nros 2 y 4:

1. el prometido,
2. el cónyuge,
3. los parientes en línea directa y por afinidad,
4. los hermanos,
5. los hijos de los hermanos,
6. los cónyuges de los hermanos y los hermanos de los cónyuges,
7. los hermanos de los padres,
8. personas ligadas entre ellas por un período duradero de cuidado en convivencia domiciliaria vinculadas como padres e hijos (padres tutelares y niños tutelados).

²Las personas aludidas en la primera frase son consideradas como parientes, aún cuando

1. en los casos de los números 2, 3 y 6, el matrimonio base de la relación no existe mas;
2. en los casos de los números 3 a 7, el ligamen de parientes en línea directa y por afinidad se extinguió en razón de una adopción del niño;
3. en el caso del n° 8, la convivencia domiciliaria no subsiste más, en la medida que las personas continúen vinculadas como padres e hijo.

Artículo 21. Sospecha de parcialidad

(1) ¹Si existe una razón que permita justificar la desconfianza del ejercicio imparcial de una función oficial o si una de las partes invoca que existe una razón al respecto, quien debe intervenir en un procedimiento administrativo por cuenta de una autoridad administrativa debe informar al jefe de la autoridad administrativa o a la persona encargada por él y, a la orden del mismo, abstenerse de participar. ²Si la sospecha de parcialidad concierne al jefe de la autoridad administrativa, la orden es dada por la autoridad de control, a menos que el jefe de la autoridad administrativa se abstenga por propia decisión de participar.

(2) El Artículo 20, apartado 4 se aplica por analogía a los miembros de una comisión (Artículo 88).

Artículo 22. Inicio del procedimiento

¹La autoridad administrativa decide según discrecionalidad adecuada si y cuando tramita un procedimiento administrativo. ²Esto no se aplica cuando la autoridad administrativa, en virtud de la normativa,

1. debe intervenir de oficio o a solicitud;
2. solo puede intervenir a solicitud y no se encuentre una solicitud.

Artículo 23. Idioma Oficial

(1) El idioma oficial es el alemán.

(2) ¹Si ante una autoridad administrativa se presentan solicitudes,

peticiones, certificaciones, instrumentos u otros documentos en un idioma extranjero, la autoridad administrativa debe exigir sin demora la presentación de una traducción. ²En casos fundados, puede ser exigida la presentación de una traducción legalizada o realizada por un intérprete o un traductor oficialmente designado o juramentado. ³Si la traducción exigida no es presentada sin demora, la autoridad administrativa puede procurarse de una traducción, con cargo a la parte. ⁴Si la autoridad administrativa recurre a la ayuda de intérpretes o traductores, éstos percibirán una remuneración por aplicación analógica de la Ley de remuneración y de indemnización judicial.

(3) Si un aviso, una solicitud o una manifestación de voluntad debe producir la iniciación de un plazo en el cual la autoridad administrativa debe intervenir de una cierta manera, y si estos llegan en un idioma extranjero, el transcurso del plazo recién comienza en el momento en que la autoridad administrativa dispone de una traducción.

(4) Si mediante un aviso, una solicitud o una manifestación de voluntad, que llega en un idioma extranjero, debe conservarse un plazo en favor de una parte respecto de la autoridad administrativa, reclamarse una pretensión de derecho público o solicitarse una prestación, el aviso, la solicitud o la manifestación de voluntad se considera presentada en el momento de llegada a la autoridad administrativa, si a requerimiento de la autoridad administrativa, dentro de un plazo adecuado fijado por ella, se presenta una traducción. ²En el caso contrario es determinante el momento de la llegada de la traducción, salvo que no resulte otra cosa de convenios internacionales. ³Se deberá indicar esta consecuencia jurídica en el momento de fijación del plazo.

Artículo 24. Principio de investigación de oficio

(1) ¹La autoridad administrativa procede de oficio a investigar el asunto. ²Ella determina la forma y el alcance de las investigaciones; ella no se encuentra vinculada por las alegaciones y presentaciones de prueba de las partes.

(2) La autoridad administrativa debe tomar en consideración todos los hechos significativos para el caso particular, incluyendo los hechos favorables a las partes.

(3) La autoridad administrativa no puede rehusarse a recibir declaraciones o solicitudes que caen dentro de su ámbito de competencia, porque considere la declaración o la solicitud inadmisibles o infundadas.

Artículo 25. Asesoramiento e Información

(1) ¹La autoridad administrativa debe fomentar la presentación de declaraciones, la formulación de solicitudes o la rectificación de declaraciones o solicitudes que han sido omitidas evidentemente por inadvertencia o ignorancia o realizadas o formuladas incorrectamente. ²Ella, en la medida que sea necesario, brinda información sobre los derechos y deberes que tienen las partes en el procedimiento administrativo.

(2) ¹La autoridad administrativa, en la medida que sea necesario, discute con el futuro requirente, previo a la presentación de una solicitud las acreditaciones y documentos que deben ser acompañados por éste y de que manera pueda ser acelerado el procedimiento. ²En la medida que pueda acelerar el procedimiento, ella, luego de la presentación de la solicitud, debe informar sin demora al requirente sobre la duración previsible del procedimiento y sobre la totalidad de los documentos agregados al expediente.

Artículo 26. Medios de prueba

(1) ¹La autoridad administrativa dispone sobre los medios de prueba que, de acuerdo a su discrecionalidad adecuada, considera necesarios para la investigación del asunto. ²Ella puede particularmente

1. recabar informaciones de cualquier tipo,
2. oír a las partes, interrogar testigos y peritos o recabar la opinión escrita o electrónica de partes, peritos y testigos,
3. recabar documentos y expedientes,
4. efectuar la inspección ocular.

(2) ¹Las partes deben cooperar en la investigación del asunto. ²Ellas deben en particular indicar los hechos y los medios de prueba conocidos por ellas. ³Un ulterior deber de cooperar en la investigación del asunto, en particular un deber de comparecer personalmente o testificar, solo existe en la medida que se encuentra especialmente previsto por una norma.

(3) ¹Los testigos y los peritos están obligados a testificar o presentar sus dictámenes si ello se encuentra previsto por una norma. ²En caso en que la autoridad administrativa ha llamado a testigos y a peritos, éstos percibirán, a solicitud, una indemnización o una remuneración por aplicación analógica de la Ley de remuneración y de indemnización judicial.

Artículo 27. Declaración bajo juramento

(1) ¹Durante las investigaciones del asunto, la autoridad administrativa solo puede exigir y obtener una declaración bajo juramento cuando la obtención del juramento en cuanto al objeto correspondiente se encuentre previsto por una ley o un decreto y la autoridad administrativa ha sido declarada competente por una norma. ²Una declaración bajo juramento solamente debe ser exigida cuando otros medios para la investigación de la verdad no existan, no haya llegado a ningún resultado o requieren acudir a esfuerzos desproporcionados. ³Una declaración bajo juramento no se le puede requerir a personas incapaces de prestar juramento según el Artículo 393 del código de procedimiento civil.

(2) ¹Cuando la declaración bajo juramento es levantada por acta por una autoridad administrativa, son competentes para ello el jefe de la autoridad, su suplente general así como los agentes del servicio público que tienen las mismas aptitudes que quienes ejercen la función de los Jueces o satisfacer las condiciones previstas por el Artículo 110, 1ra frase de la ley alemana de Jueces (*Deutsches Richtergesetz*). ²El jefe de la autoridad administrativa o su suplente general puede autorizar por escrito, en forma general o para un caso particular, a otros agentes del servicio público.

(3) ¹La declaración bajo juramento consiste en que el declarante confirma la exactitud de su declaración relativa al objeto correspondiente y declara: “Yo declaro bajo juramento que he dicho la pura verdad de acuerdo a mi mejor conocimiento y no he omitido nada”. ²Mandatarios y consejeros jurídicos se encuentran autorizados a participar en la protocolización de la declaración bajo juramento.

(4) ¹Antes de recibir la declaración bajo juramento, el significado de la declaración bajo juramento y sus consecuencias penales de una declaración inexacta o incompleta deben serle instruidas al declarante. ²Esta instrucción debe constar en el acta.

(5) ¹La protocolización debe además mencionar los nombres de las personas presentes, así como el lugar y el día de su protocolización. ² La protocolización debe serle leída a aquel que presta la declaración bajo juramento para su aprobación o a pedido para que la examine. ³La aprobación acordada debe constar en el acta y ser firmada por el declarante. ⁴La protocolización, a continuación, debe ser firmada por la persona a cuyo cargo se encuentra protocolizar la declaración bajo juramento como, asimismo, por el secretario.

Artículo 28. Audiencia de partes

(1) Antes del dictado de un acto administrativo que produzca efectos sobre los derechos de una parte, se le debe otorgar la posibilidad de expresarse sobre los hechos pertinentes de la decisión.

(2) La audiencia puede ser renunciada cuando según las circunstancias del caso particular no aparece como necesaria, especialmente cuando

1. una decisión inmediata debe ser adoptada por peligro inminente o resulte necesaria por el interés público;
2. por la audiencia se comprometa el cumplimiento de un plazo decisivo para la decisión;
3. no se aparta en su perjuicio de los hechos que una parte haya proporcionado en una solicitud o una declaración;
4. la autoridad administrativa desea dictar actos administrativos de destinatario general o numerosos actos administrativos idénticos o actos administrativos con ayuda de medios automáticos;
5. deben ser adoptadas medidas en la ejecución administrativa forzosa.

(3) Una audiencia no tiene lugar si un motivo imperativo de interés público se opone a ello.

Artículo 29. Acceso a los expedientes por las partes

(1) ¹La autoridad administrativa debe permitir a las partes el acceso a los expedientes correspondientes al procedimiento en la medida que dicho conocimiento es necesario para hacer valer o defender sus intereses jurídicos. ²La Frase 1 no se aplica hasta la finalización del procedimiento admi-

nistrativo para los proyectos de decisiones ni a los trabajos directamente vinculados con su preparación. ³³En la medida que tiene lugar una representación según los Artículos 17 y 18, sólo los representantes tienen derecho al acceso a los expedientes.

(2) La autoridad administrativa no se encuentra obligada a permitir el acceso a los expedientes en cuanto ello interfiere en la ejecución regular de las funciones de la autoridad administrativa, que la revelación del contenido de los expedientes pudiera ocasionar perjuicio al bien de la Federación o de un Land, o en cuanto los hechos deben ser tenidos como secretos en virtud de una ley o en razón de su naturaleza, en particular por los intereses legítimos de las partes o de terceras personas.

(3) ¹El acceso a los expedientes se efectúa ante la autoridad administrativa que los dirige. ²En el caso particular el acceso puede ser efectuado igualmente ante otra autoridad administrativa o ante una representación diplomática o consular de la República federal de Alemania en el extranjero; la autoridad administrativa que dirige los expedientes puede permitir excepciones adicionales.

Artículo 30. Preservación del secreto

Las partes tienen derecho a que sus secretos, en particular aquellos que entran dentro de la esfera de su vida privada como también los secretos de sus asuntos empresariales y comerciales, no sean divulgados por la autoridad administrativa sin su autorización.

Sección 2

Plazo, cómputo y restablecimiento

Artículo 31. Plazos y cómputos

(1) Para el cómputo de los plazos y la fijación de los términos, los Artículos 187 a 193 del Código civil se aplican por analogía, salvo que los apartados 2 a 5 dispongan otra cosa.

(2) El transcurso de un plazo fijado por una autoridad administrativa comienza el día siguiente a su notificación, salvo que se le comunique otra cosa al afectado.

(3) ¹Si un plazo concluye un domingo, en día inhábil legalmente establecido o un sábado, el plazo concluye el primer día hábil que sigue. ²Esto no se aplica si, en referencia a esta disposición, el afectado ha sido informado que el plazo concluye un día determinado.

(4) Si una autoridad administrativa debe proveer prestaciones solamente dentro de un determinado plazo, este plazo concluye al término de su último día aún así si cae en domingo, en día inhábil legalmente establecido o un sábado.

(5) El término fijado por una autoridad administrativa debe ser cumplido aún si cae en domingo, en día inhábil legalmente establecido o un sábado.

(6) Si un plazo se encuentra fijado en horas, los domingos, los días inhábiles legalmente establecidos o los sábados se encuentran comprendidos en el cómputo.

(7) ¹Plazos fijados por una autoridad administrativa pueden ser prorrogados. ²Si aquellos plazos han concluido, pueden ser prorrogados con efecto retroactivo, en particular cuando sería inequitativo dejar subsistir las consecuencias jurídicas ocurridas por la conclusión del plazo. ³La autoridad administrativa puede acumular la prolongación del plazo conforme el Artículo 36 decidiendo con una disposición anexa.

Artículo 32. Reposición al estado anterior

(1) ¹ Si alguien, sin culpa, estuviera impedido de cumplir el plazo legal, a su solicitud se debe otorgar la reposición al estado anterior. ²La falta de un representante debe ser imputada al representado.

(2) ¹La solicitud se debe presentar dentro de dos semanas después de haberse superado el impedimento. ²Los hechos para la fundamentación de la solicitud deben ser alegados fehacientemente en el momento de la presentación de la solicitud o en el procedimiento sobre la solicitud. ³La actuación omitida en el plazo establecido debe ser suplida dentro del plazo otorgado para presentar la solicitud. ⁴En este caso, se puede otorgar la reposición aún sin solicitud.

(3) Después de un año contado a partir del plazo incumplido, no puede ser solicitada la reposición ni ser suplida la actuación omitida, salvo que por fuerza mayor ello fue imposible antes del cómputo del plazo de un año.

(4) Sobre la solicitud de reposición decide la autoridad administrativa que debe conocer sobre la actuación omitida.

(5) La reposición no es admisible si una normativa dispone su exclusión.

Sección 3 Certificación Oficial

Artículo 33. Certificación de documentos

(1) ¹Toda autoridad administrativa tiene la competencia para certificar las copias de los documentos que ella misma ha emitido. ²Además, las autoridades administrativas en el sentido del Artículo 1, apartado 1ro, Nro 1 de la presente ley, designada por decreto del gobierno federal y las autoridades administrativas competentes en virtud del derecho del Land, tienen la competencia para certificar las copias, si el original ha sido emitido por una autoridad administrativa o si la copia ha sido solicitada para ser presentada ante una autoridad administrativa, salvo que la normativa reserve exclusivamente a otras autoridades administrativas la emisión de certificados de registros o de archivos oficiales; el decreto no necesita de la aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat*).

(2) Copias no deben ser certificadas si las circunstancias permiten sospechar que el contenido original del documento escrito cuya copia debe ser certificada ha sido modificada, en particular si este documento escrito contiene claros, tachaduras, inserciones, modificaciones, palabras, cifras o signos ilegibles, trazos de supresión de palabras, cifras o signos, o si no se encuentra el encadenamiento de un documento escrito que consiste de varias hojas.

(3) ¹Una copia es certificada mediante la mención de la certificación que debe ser colocada debajo de la copia. ²La mención debe contener

1. la indicación exacta del documento escrito cuya copia es certificada,
2. la constatación que la copia certificada es conforme el documento escrito presentado,
3. la indicación que la copia certificada se expide sólo para ser presentada ante la autoridad indicada, si el original no fue emitido por una autoridad administrativa,

4. el lugar y el día de la certificación, la firma del agente competente para la certificación y el sello oficial.

(4) Los apartados 1 a 3 son aplicables por analogía para la certificación de

1. fotocopias, impresiones fotomecánicas y otras reproducciones realizadas por medio de procedimientos técnicos similares,
2. negativos de documentos escritos que están reproducidos por procedimiento fotomecánico y conservados por una autoridad administrativa,
3. impresiones de documentos electrónicos,
4. documentos electrónicos,
 - a. que fueron creados para reproducir un documento escrito,
 - b. que tienen otro formato técnico que el documento original que contiene una firma electrónica calificada.

(5) ¹Además, de las indicaciones previstas en el apartado 3, 2da frase, la mención de la certificación debe, con motivo de la certificación

1. de la impresión de un documento electrónico, que contiene una firma electrónica calificada, contener la comprobación,
 - a. a quien designa la verificación de la firma como perteneciente de la firma,
 - b. que momento es designado por la verificación de la firma con respecto a la realización de la firma y
 - c. que certificados y que datos correspondieron a esa firma,
2. de un documento electrónico, contener el nombre del agente competente para la certificación y la designación de la autoridad administrativa que realiza dicha certificación; la firma del agente competente para la certificación y el sello oficial según apartado 3, frase 2 Nro 4 son reemplazados por una firma electrónica calificada permanentemente controlable.

²Si un documento electrónico, que tiene un formato técnico distinto al documento original que contiene una firma electrónica calificada, es certificado según la frase 1, n° 2, la mención de la certificación debe además contener las comprobaciones previstas en la frase 1, n° 1 con respecto al documento original.

(6) En la medida que son certificados, los documentos producidos conforme el apartado 4, tienen el valor de copias certificadas.

Artículo 34. Certificación de firmas

(1) ¹Las autoridades administrativas en el sentido del Artículo 1ro, apartado 1ro, Nro 1, designadas por decreto del gobierno federal y las autoridades administrativas competentes en virtud del derecho del Land tienen la competencia para certificar firmas cuando el documento escrito firmado es requerido para ser presentado ante una autoridad administrativa o ante otra sede donde el documento debe ser presentado en virtud de una norma. ²Esto no se aplica a

1. firmas que no acompañan un texto,
2. firmas que requieren una certificación pública (Artículo 129 del Código civil).

(2) Una firma sólo debe ser certificada en la medida que ha sido suscripta o reconocida en presencia del agente que realiza la certificación.

(3) ¹La mención de la certificación debe ser colocada inmediatamente con motivo de la firma a certificar. ²Ella debe contener

1. la confirmación que la firma es auténtica,
2. la indicación precisa de la persona cuya firma es certificada, así como la indicación si el agente competente para la certificación se ha asegurado de la identidad de la persona y si la firma ha sido suscripta o reconocida en su presencia,
3. la indicación que la certificación es destinada solo para la presentación ante la autoridad o la sede indicada,
4. el lugar y el día de la certificación, la firma del agente competente para la certificación y el sello oficial.

(4) Los apartados 1 a 3 se aplican por analogía a la certificación de firmas dactilares.

(5) Los decretos en virtud de los apartados 1 y 4 no necesitan de la aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat*).

TÍTULO III
ACTO ADMINISTRATIVO

Sección 1
Elaboración del acto administrativo

Artículo 35. Noción de acto administrativo

¹Un acto administrativo es toda disposición, decisión u otra medida del poder público dictada por una autoridad administrativa para la reglamentación de un caso individual dentro del ámbito del derecho público y destinado a producir efecto jurídico inmediato externo. ²Un acto administrativo de destinatario general es un acto administrativo dirigido a un círculo de personas determinado o determinable por criterios generales o que concierne a la naturaleza de derecho público de un bien o de su uso por la colectividad.

Artículo 36. Disposiciones anexas al acto administrativo

(1) Si el requirente tiene derecho a un acto administrativo, solo puede ser acompañado de una disposición anexa si esta se encuentra admitida por norma o si debe garantizar la observancia de los requisitos legales del acto administrativo.

(2) Sin perjuicio del apartado 1º, un acto administrativo puede ser dictado según discrecionalidad adecuada con

1. una disposición según la cual un beneficio o un perjuicio comienza o cesa en un momento determinado o perdura por un período determinado de tiempo (aplazamiento *-Befristung*);
2. una disposición según la cual el acaecimiento o el cese de un beneficio o de un gravamen depende del acaecimiento incierto de un evento futuro (condición *-Bedingung*);
3. una reserva de revocarlo o ser vinculado con
4. una disposición que impone al beneficiario un hacer, soportar u omitir (obligación *-Auflage*);
5. una reserva de incorporación posterior, modificación o de complementación de una obligación.

(3) Una disposición anexa no puede ser contradictoria con la finalidad del acto administrativo.

Artículo 37. Certeza y forma del acto administrativo

(1) Un acto administrativo debe ser suficientemente cierto en su contenido.

(2) ¹Un acto administrativo puede ser dictado por escrito, por vía electrónica, oralmente o por otra forma. ²Un acto administrativo oral debe ser confirmado por escrito o por vía electrónica si existe respecto del mismo un interés legítimo y si el afectado exige esto sin demora. ³Un acto administrativo electrónico debe ser confirmado por escrito bajo las mismas condiciones; en tanto, el Artículo 3a, apartado 2 no se aplica.

(3) ¹Un acto administrativo escrito o electrónico debe permitir identificar a la autoridad administrativa que lo dicta y llevar la firma o la transcripción del nombre del jefe de la autoridad administrativa, de su suplente o de su encargado. ²Si un acto administrativo, que requiere la forma escrita en virtud de una norma, es dictado en forma electrónica, el certificado calificado que corresponde a la firma electrónica, o un certificado conexo de atribución calificado debe igualmente permitir la identificación de la autoridad administrativa que lo emite.

(4) Para un acto administrativo, se puede prescribir por norma la comprobabilidad permanente de la firma electrónica prevista según Artículo 3a, apartado 2.

(5) ¹Prescindiendo del apartado 3, firma y transcripción del nombre pueden omitirse en un acto administrativo escrito dictado con ayuda de medios automáticos. ²Símbolos codificados pueden ser utilizados para indicar el contenido, si aquel para quien el acto administrativo se encuentra destinado o que lo afecta, en base a las explicaciones que lo acompañan, puede identificar claramente el contenido del acto administrativo.

Artículo 38. Garantía

(1) ¹Una garantía otorgada por una autoridad administrativa competente de dictar posteriormente u omitir dictar un acto administrativo determinado (garantía) debe, para su eficacia, expresarse en forma escrita.

²Si el dictado del acto administrativo garantizado en cuanto es necesario, previamente, en virtud de una norma, la audiencia de partes o la cooperación de otra autoridad administrativa o de una comisión, la garantía solo puede ser otorgada luego de la audiencia de las partes o después de la intervención de esta autoridad administrativa o de la comisión.

(2) Son aplicables por analogía a la ineficacia de la garantía sin perjuicio del apartado 1º, 1ra frase, Artículo 44, al saneamiento de vicios en la audiencia de las partes y en la cooperación de otras autoridades administrativas o de comisiones del Artículo 45, apartado 1º, Nros 3 a 5 y apartado 2, al retiro el Artículo 48, a la revocación sin perjuicio de la aplicación del apartado 3, el Artículo 49.

(3) La autoridad administrativa no sigue vinculada a la garantía si la situación de hecho o de derecho cambia después del otorgamiento de la garantía de manera que la autoridad administrativa no hubiera otorgado la garantía o por razones jurídicas no hubiera podido otorgarla.

Artículo 39. Fundamentación del acto administrativo

(1) ¹Un acto administrativo escrito o electrónico así como un acto administrativo confirmado por escrito o por vía electrónica, debe encontrarse fundado. ²La fundamentación debe indicar las razones esenciales de hecho y de derecho que han conducido a la autoridad administrativa a su decisión. ³La fundamentación de las decisiones discrecionales debe, asimismo, expresar los criterios que han determinado el ejercicio de su discrecionalidad.

(2) Una fundamentación no es necesaria

1. en la medida que la autoridad administrativa accede a una solicitud o a una declaración y el acto administrativo no perjudica derechos de otro;
2. en la medida que aquel quien es destinatario del acto administrativo o que está afectado por este conoce ya el criterio de la autoridad administrativa sobre la situación de hecho y de derecho o también sin fundamentación puede comprenderlo fácilmente;
3. cuando la autoridad administrativa dicta numerosos actos administrativos similares o dicta actos administrativos por me-

- dios automáticos y que la fundamentación no es necesaria por las circunstancias del caso individual;
4. cuando ello deriva de una norma;
 5. cuando un acto administrativo de destinatario general es objeto de una notificación pública.

Artículo 40. Discrecionalidad

Si la autoridad administrativa está autorizada a actuar según su discrecionalidad, ella debe ejercer su discrecionalidad conforme a la finalidad de la autorización, y respetar los límites legales de la discrecionalidad.

Artículo 41. Notificación del acto administrativo

(1) ¹Un acto administrativo debe ser notificado a la parte a la cual está destinado o que le afecta. ²Si se encuentra designado un apoderado, se le puede notificar al mismo.

(2) ¹Un acto administrativo por escrito enviado por correo, dentro del territorio nacional, se considera notificado al tercer día posterior a su despacho. ²Un acto administrativo enviado por vía electrónica, dentro del territorio nacional o al extranjero, se lo considera notificado el tercer día posterior a su envío. ³Esto no se aplica cuando el acto administrativo no ha sido recibido o ha sido recibido en una fecha posterior; en caso de duda, la autoridad administrativa debe aportar la prueba de la notificación del acto administrativo y de la fecha de su recepción.

(3) ¹Un acto administrativo puede ser notificado por medio de una notificación pública si esto se encuentra autorizado por norma. ²Un acto administrativo de destinatario general puede también ser objeto de una notificación pública cuando sea impracticable su notificación a las partes.

(4) ¹La notificación pública de un acto administrativo escrito o electrónico consiste en publicar la parte dispositiva en un aviso público según los usos de la localidad. ²La publicación en un aviso público según los usos de la localidad debe indicar donde puede ser consultado el acto administrativo y su fundamentación. ³El acto administrativo se lo considera notificado transcurridas dos semanas luego de su publicación en un aviso público según los usos de la localidad. ⁴En un acto administrativo de destina-

tario general se puede determinar un día diferente, pero no antes del día que sigue a la publicación.

(5) Disposiciones sobre la notificación de un acto administrativo mediante notificación quedan intactas.

Artículo 42. Errores manifiestos en el acto administrativo

¹La autoridad administrativa puede rectificar, en cualquier momento, faltas de ortografía, errores de cálculo y similares errores manifiestos en un acto administrativo. ²Se debe rectificar si la parte invoca un interés legítimo. ³La autoridad administrativa está autorizada a solicitar la presentación del documento a rectificar.

Artículo 42a. Ficción de Autorización

(1) ¹Una autorización solicitada se considera como otorgada después del transcurso del plazo previsto para la decisión, si la norma lo dispone y la solicitud es suficientemente precisa. ²Son aplicables por analogía las disposiciones sobre la firmeza del acto administrativo y sobre el procedimiento de recursos.

(2) ¹El plazo según apartado 1º primera frase es de tres meses, salvo que mediante norma se disponga algo distinto. ²El cómputo del plazo se inicia con la presentación de la documentación completa. ³El plazo puede ser prorrogado una vez, si es justificado por la complejidad del asunto. ⁴La prórroga del plazo debe ser fundada y notificada en tiempo útil.

(3) ¹A solicitud el cumplimiento de la ficción de autorización debe ser acreditada por escrito a quien se le habría debido notificar el acto administrativo según el Artículo 41 apartado 1.

Sección 2

Firmeza del acto administrativo

Artículo 43. Eficacia del acto administrativo

(1) ¹Un acto administrativo tiene eficacia con respecto a quien le está destinado o a quien le afecta en el momento en que se le notifica. ²El acto

administrativo tiene eficacia con el contenido que se le notifica.

(2) Un acto administrativo continúa teniendo eficacia en tanto y en la medida que no sea retirado, revocado, anulado de alguna otra manera, o que se extinguió por el transcurso del tiempo u de otra manera.

(3) Un acto administrativo nulo no produce efectos jurídicos.

Artículo 44. Nulidad del acto administrativo

(1) Un acto administrativo es nulo en la medida que se encuentra afectado por un vicio particularmente grave, y esto es evidente considerando razonablemente todas las circunstancias relevantes.

(2) Sin perjuicio de que las condiciones previstas en el apartado 1º se encuentren cumplidas, es nulo el acto administrativo

1. que fue dictado por escrito o por vía electrónica, pero no se encuentra identificada la autoridad administrativa que lo dicta;
2. que, en virtud de una norma, puede ser solamente dictado mediante la entrega de un documento pero que no corresponde a la forma establecida;
3. que una autoridad administrativa dictó fuera de su competencia fundada por el Artículo 3, apartado 1º nº 1 sin estar autorizada para ello;
4. que nadie puede por razones de hecho ejecutar;
5. que requiere el cometido de un acto ilícito que constituye un tipo legal penal o de sanción administrativa;
6. que viola las buenas costumbres.

(3) Un acto administrativo no es nulo solo porque

1. las disposiciones sobre competencia en razón del territorio no han sido observadas, salvo que se trate de un caso del apartado 2, nº 3;
2. según el Artículo 20 apartado 1º primera frase, nº 2 al 6 una persona excluida participó;
3. una comisión que necesariamente debía cooperar por norma en el dictado del acto administrativo, no adoptó la resolución que estaba prescrita o que no estaba capacitado para tomar la resolución;

4. la cooperación necesaria de otra autoridad administrativa, prevista por una norma, no se ha producido.

(4) Si la nulidad afecta sólo a una parte del acto administrativo, este es nulo en su totalidad cuando la parte nula es tan esencial que la autoridad administrativa no hubiere dictado el acto administrativo sin esta parte nula.

(5) ¹En todo momento, la autoridad administrativa de oficio puede constatar la nulidad. ²A solicitud, se la debe constatar si el requirente tiene un interés legítimo en esto.

Artículo 45. Saneamiento de vicios del procedimiento y de forma

(1) Una vulneración a las reglas del procedimiento o de forma que no llevan a la nulidad del acto administrativo en virtud del Artículo 44, no se considera cuando

1. la solicitud necesaria para el dictado del acto administrativo es posteriormente presentada;
2. la fundamentación necesaria es posteriormente dada;
3. la audiencia necesaria de una parte es posteriormente realizada;
4. la resolución de una comisión cuya cooperación es necesaria para el dictado del acto administrativo es posteriormente realizada;
5. la cooperación necesaria de otra autoridad administrativa es posteriormente realizada.

(2) Actuaciones en virtud del apartado 1 pueden ser posteriormente cumplidas hasta el fin de la última instancia que se pronuncia sobre los hechos del proceso ante la Justicia Administrativa.

(3) ¹Si un acto administrativo se encuentra desprovisto de la fundamentación necesaria o si la audiencia necesaria de una parte, previa al dictado de un acto administrativo, fue omitida y si, por eso, el plazo de la impugnación del acto administrativo no fue observado, la inobservancia del plazo del recurso no se considera culpa del impugnante. ²El evento determinante para el plazo de reposición según el Artículo 32, apartado 2 ocurre en el momento de la realización posterior de la actuación procedimental omitida.

Artículo 46. Consecuencias de vicios del procedimiento y de forma

La anulación de un acto administrativo, que no es nulo según el Artículo 44, no puede ser requerida solamente por el hecho de haber vulnerado reglas de procedimiento, de forma o de competencia en razón del territorio, si es evidente que la vulneración no ha influido en la decisión del fondo.

Artículo 47. Conversión de un acto administrativo viciado

(1) Un acto administrativo viciado puede ser convertido en otro acto administrativo si éste tiene la misma finalidad, si la autoridad administrativa que lo dicta hubiera podido dictarlo lícitamente en el modo procedimental y en la forma realizada y si los requisitos para su dictado están cumplidos.

(2) ¹Apartado 1ro no se aplica si el acto administrativo resultante de la conversión del acto administrativo viciado se encontraría en contradicción con la intención reconocible de la autoridad administrativa emisora, o si sus consecuencias jurídicas serían más desfavorables para el afectado que aquellas del acto administrativo viciado. ²Además, una conversión es inadmisiblesi el acto administrativo viciado no podría ser retirado.

(3) Una decisión que solamente puede ser emitida en forma de decisión legalmente vinculada no puede ser convertida en una decisión discrecional.

(4) El Artículo 28 se aplica por analogía.

Artículo 48. Retiro del acto administrativo ilícito

(1) ¹Aún después de ser inimpugnable, un acto administrativo ilícito puede ser retirado, total o parcialmente, con efectos para el futuro o para el pasado. ²Un acto administrativo que crea o confirma un derecho o una ventaja jurídicamente relevante (acto administrativo beneficioso-*begünstigender Verwaltungsakt*), sólo puede ser retirado bajo las restricciones de los apartados 2 a 4.

(2) ¹Un acto administrativo ilícito que garantiza una prestación monetaria única o periódica o una prestación material divisible o que es requisito para ello, no puede ser retirado en la medida que el beneficiario ha puesto confianza en la firmeza del acto administrativo y su confianza,

ponderándola con el interés público en un retiro, es digna de protección.²La confianza es en principio digna de protección cuando el beneficiario ha realizado las prestaciones concedidas o si ha llevado a cabo una disposición patrimonial que no puede mas anular o sólo soportando prejuicios no exigibles.³El beneficiario no puede invocar la confianza, cuando él

1. obtuvo el acto administrativo mediante engaño doloso, amenaza o corrupción;
2. obtuvo el dictado del acto administrativo por indicaciones que eran incorrectas en aspectos esenciales o que eran incompletas;
3. conocía la ilicitud del acto administrativo o no la conocía por negligencia grave.

⁴En los casos previstos en la tercera frase, el acto administrativo es en principio retirado con efecto retroactivo.

(3) ¹En caso del retiro de un acto administrativo ilícito, no comprendido en el apartado 2, la autoridad administrativa debe, a solicitud, recompensar al afectado el perjuicio patrimonial sufrido por su confianza en el acto administrativo, en la medida que su confianza, ponderándola con el interés público, es digna de protección.²Apartado 2º, 3ª frase se aplica.³Sin embargo, el perjuicio patrimonial no debe ser recompensado mas allá del monto del interés que el afectado tiene en la firmeza del acto administrativo.⁴El monto del perjuicio patrimonial a recompensar es fijado por la autoridad administrativa.⁵La pretensión sólo puede ser requerida dentro de un año; el plazo corre luego de que la autoridad administrativa lo comunicó al afectado.

(4) Cuando la autoridad administrativa tiene conocimiento de hechos que justifican el retiro de un acto administrativo ilícito, el retiro es admisible solo dentro de un año a partir del momento del conocimiento. Esto no se aplica en el caso del apartado 2, 3ra frase, nº 1.

(5) La autoridad administrativa competente en virtud del Artículo 3 decide sobre el retiro después de la inimpugnabilidad del acto administrativo; esto se aplica igualmente si el acto administrativo a retirar fue dictado por otra autoridad administrativa.

Artículo 49. Revocación de un acto administrativo lícito

(1) Aún después de ser inimpugnable, un acto administrativo lícito que no confiere un beneficio puede ser revocado total o parcialmente con

efectos para el futuro, salvo que un acto administrativo con el mismo contenido debiera ser dictado nuevamente o si una revocación es inadmisibles por otros motivos.

(2) Aun después de ser inimpugnables, un acto administrativo lícito que confiere un beneficio no puede ser revocado total o parcialmente con efectos para el futuro solo

1. si la revocación se encuentra admitida por norma o si el acto administrativo contiene esta reserva;
2. si el acto administrativo está vinculado con una obligación y el beneficiario no la ha cumplido o no la ha cumplido dentro del plazo fijado;
3. si la autoridad administrativa, por razón de hechos sobrevinientes, tendría el derecho de no dictar el acto administrativo y si el interés público estuviera perjudicado sin la revocación;
4. si la autoridad administrativa, por razón de una norma modificada, tendría el derecho de no dictar el acto administrativo, en la medida que el beneficiario no hizo aún uso del beneficio o por razón del acto administrativo no ha recibido prestaciones y si el interés público estuviera perjudicado sin la revocación;
5. para prevenir o eliminar graves perjuicios al bien común.

²El Artículo 48, apartado 4 se aplica por analogía.

(3) ¹Un acto administrativo lícito que garantiza una prestación monetaria única o periódica o una prestación material divisible para cumplimentar un determinado objetivo o que es requisito para esto, puede, aún después de ser inimpugnables, ser revocado total o parcialmente también con efectos para el pasado,

1. si no emplea la prestación, no la emplea enseguida de su otorgamiento, o no la emplea para el objetivo determinado en el acto administrativo;
2. si el acto administrativo está vinculado con una obligación y el beneficiario no la ha cumplido, o no la ha cumplido dentro de un plazo fijado;

²Artículo 48, apartado 4 se aplica por analogía.

(4) El acto administrativo revocado es ineficaz con la puesta en vigor de la revocación, salvo que la autoridad administrativa establezca otra fecha.

(5) La autoridad administrativa competente en virtud del Artículo 3 decide sobre la revocación después de la inimpugnabilidad del acto administrativo; esto se aplica igualmente si el acto administrativo a revocar fue dictado por otra autoridad administrativa.

(6) ¹Cuando un acto administrativo que confiere un beneficio es revocado en los casos del apartado 2, Nros 3 a 5, la autoridad administrativa debe, a solicitud, indemnizar al afectado por el perjuicio ocasionado debido a la confianza en la firmeza del acto administrativo, en la medida que su confianza es digna de protección. ²El Artículo 48, apartado 3, frases 3 a 5 se aplica por analogía. ³Los litigios relativos a la indemnización le corresponden a la vía jurisdiccional ordinaria.

Artículo 49a. Reembolso de gastos, intereses

(1) ¹En la medida que un acto administrativo es retirado o revocado con efecto para el pasado o por consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria es ineficaz, las prestaciones cumplidas deben ser reembolsadas. ²El reembolso de la prestación debe ser fijado por un acto administrativo escrito.

(2) ¹Las disposiciones del Código Civil sobre devolución por enriquecimiento sin causa se aplican por analogía para el alcance del reembolso, con excepción de los intereses. ²El beneficiario no puede invocar la falta del enriquecimiento sin causa en la medida que conocía las circunstancias o por consecuencia de negligencia grave no las conocía que condujeron al retiro, revocación o ineficacia del acto administrativo.

(3) ¹El monto a reembolsar debe contener intereses cinco por ciento superiores a la tasa de interés normal, a partir del momento de la ineficacia del acto administrativo. ²Se puede renunciar a exigir los intereses, si el beneficiario no ha de responder por las circunstancias que condujeron al retiro, revocación o ineficacia del acto administrativo y abona el monto a reembolsar dentro del plazo fijado por la autoridad administrativa.

(4) Si no ha utilizado la prestación enseguida después del pago para fines determinados, los intereses pueden ser demandados conforme el apartado 3, 1ra frase por el período para su uso apropiado. ²Esto se aplica por analogía en la medida que una prestación es exigida, aunque otros medios deben ser invertidos, parcial o prioritariamente. ³ Artículo 49, apartado 3, 1ra frase, n° 1 queda intacto.

Artículo 50. Retiro y revocación en el procedimiento de recursos

Artículo 48, apartado 1, 2da frase y apartados 2 a 4 como el Artículo 49, apartados 2 a 4 y 6 no se aplican cuando un acto administrativo beneficioso que fue impugnado por un tercero es anulado durante el procedimiento previo o durante el proceso ante la Justicia Administrativa, en la medida que a través de esto se desestima el recurso administrativo previo o la acción.

Artículo 51. Revisión del procedimiento

(1) La autoridad administrativa debe, a solicitud del afectado, decidir sobre la anulación o la modificación de un acto administrativo inimpugnable si

1. la situación de hecho o de derecho que ha sido el fundamento del acto administrativo se ha modificado posteriormente en favor del afectado;
2. existen nuevos medios de prueba que habrían conducido a una decisión más favorable para el afectado;
3. existen motivos para la revisión conforme el Artículo 580 del Código de procedimiento civil.

(2) La solicitud sólo es admisible si el afectado, sin culpa grave, no se encontraba en condiciones de hacer valer el motivo para la revisión en el procedimiento anterior, en particular en una vía recursiva.

(3) ¹La solicitud debe ser presentada dentro de un plazo de tres meses. ²El plazo comienza a correr el día en que el afectado tuvo conocimiento del motivo de la revisión.

(4) La autoridad administrativa competente en virtud del Artículo 3 decide sobre la solicitud; esto se aplica igualmente cuando el acto administrativo cuya anulación o modificación es solicitada fue dictado por otra autoridad administrativa.

(5) Las disposiciones del Artículo 48, apartado 1ro, 1ª frase y del Artículo 49, apartado 1ro quedan intactas.

Artículo 52. Restitución de documentos y cosas

¹Si un acto administrativo es inimpugnable, revocado o retirado o su eficacia por otro motivo no existe o no existe mas, la autoridad administrativa puede exigir la restitución de los documentos probatorios y las cosas que fueron entregadas por razón de este acto administrativo y destinados a probar los derechos resultantes del acto administrativo o a ejercerlos. ²El propietario y en la medida que no es su poseedor, también el poseedor de estos documentos o cosas, se encuentra obligado a restituirlos. ³El propietario o el poseedor puede sin embargo exigir que los documentos o cosas le sean nuevamente restituidos, luego que la autoridad administrativa le haya puesto la marca de su invalidación; esto no se aplica a las cosas sobre las cuales no es posible la colocación de la marca o no es posible con la evidencia o permanencia necesaria.

Sección 3

Efectos de la prescripción del acto administrativo

Artículo 53. Suspensión de la prescripción por acto administrativo

(1) ¹Un acto administrativo dictado para constatar o ejecutar la pretensión de una entidad de derecho público, suspende la prescripción de esta pretensión. ²La suspensión cesa cuando sobreviene la inimpugnabilidad del acto administrativo o luego de seis meses después de su conclusión por otro motivo.

(2) ¹Si un acto administrativo es inimpugnable en el sentido del apartado 1º, el plazo de prescripción es de treinta años. ²En la medida que el acto administrativo contiene una pretensión a prestaciones por plazo periódico a cumplirse regularmente en el futuro, el plazo de prescripción no se modifica para hacer valer esta pretensión.

TITULO IV
CONTRATOS DE DERECHO PÚBLICO

Artículo 54. Admisibilidad del contrato de derecho público

¹Una relación jurídica en el ámbito del derecho público puede ser establecida, modificada o anulada por contrato (*contrato de derecho público-öffentlich-rechtlicher Vertrag*), salvo que la normativa no disponga lo contrario. ²En particular, la autoridad administrativa puede, en lugar de dictar un acto administrativo, celebrar un contrato de derecho público con aquel que en lo demás sería el destinatario del acto administrativo.

Artículo 55. Contrato de conciliación

Puede ser celebrado un contrato de derecho público en el sentido del Artículo 54, 2da frase, por la cual la incertidumbre existente en la consideración razonable del asunto o de la situación jurídica, cesa mediante conciliación recíproca (conciliación-*Vergleich*), si la autoridad administrativa considera, según discrecionalidad adecuada, que la celebración de la conciliación es oportuna para poner fin al estado de incertidumbre.

Artículo 56. Contrato de intercambio

(1) ¹Puede ser celebrado un contrato de derecho público en el sentido del Artículo 54, 2da frase, en el cual el cocontratante de la autoridad administrativa se comprometa a realizar una contraprestación si la contraprestación es convenida dentro del contrato para un objetivo determinado y le sirve a la autoridad administrativa para el cumplimiento de sus funciones públicas. ²La contraprestación debe ser adecuada computando la totalidad de las circunstancias y debe estar ligada objetivamente con la prestación contractual de la autoridad administrativa.

(2) Si existe una pretensión a la prestación de la autoridad administrativa, solo puede ser convenida tal contraprestación que podría ser contenida en una disposición anexa conforme al Artículo 36 al dictar un acto administrativo.

Artículo 57. Forma escrita

Un contrato de derecho público debe ser celebrado por escrito, salvo que otra forma esté prescrita por una norma.

Artículo 58. Aprobación de terceros y de las autoridades administrativas

(1) Un contrato de derecho público que perjudica derechos de un tercero solamente produce efectos si el tercero otorga su aprobación por escrito.

(2) Si un contrato es celebrado en lugar de un acto administrativo, para cuyo dictado según una norma es necesaria la autorización, la aprobación o el acuerdo de otra autoridad administrativa, este contrato solo produce efectos después de que otra autoridad administrativa haya cooperado en la forma prescrita.

Artículo 59. Nulidad del contrato de derecho público

(1) Un contrato de derecho público es nulo si la nulidad procede por la aplicación analógica de las disposiciones del Código civil.

(2) Además, un contrato de derecho público en el sentido del Artículo 54, 2ª frase es nulo, cuando

1. un acto administrativo con contenido equivalente fuera nulo;
2. un acto Administrativo con contenido equivalente fuera ilícito no solo por un vicio de procedimiento o de forma en el sentido del Artículo 46 y los contratantes tenían conocimiento;
3. los requisitos para la conclusión de un contrato de conciliación no se encontraban reunidos y que un acto administrativo de contenido equivalente fuera ilícito no solo por un vicio de procedimiento o de forma en el sentido del Artículo 46;
4. la autoridad administrativa acepta la promesa de una contraprestación que es inadmisibles según el Artículo 56.

(3) Si la nulidad concierne solamente a una parte del contrato, es nulo en su totalidad salvo que se deba suponer que se lo habría concluido también sin la parte nula.

Artículo 60. Adecuación y rescisión en casos especiales

(1) ¹Si las circunstancias que fueron determinantes para la fijación del contenido del contrato se han modificado desde su celebración en forma esencial, de tal forma que el mantenimiento de las disposiciones del contrato original no se le puede exigir a una parte, ésta puede solicitar una adecuación del contenido del contrato a las circunstancias modificadas o rescindirlo si una adecuación no es posible o no se la puede exigir a un contratante. ²La autoridad administrativa puede igualmente rescindir el contrato para prevenir o eliminar graves perjuicios al bien común.

(2) ¹La rescisión debe ser realizada por escrito salvo que otra forma esté prescrita por norma. ²Ella debe ser fundada.

Artículo 61. Sujeción a la ejecución inmediata

(1) ¹Cada cocontratante puede sujetarse a la ejecución inmediata de un contrato de derecho público en el sentido del Artículo 54, 2ª frase. ²La autoridad administrativa en este caso debe ser representada por el jefe de la autoridad administrativa, su suplente general o de un agente del servicio público que tenga la aptitud de la función de juez o que reúna los requisitos previstos en el Artículo 110, 1ª frase de la ley alemana de jueces.

(2) ¹La ley de ejecución administrativa forzosa de la Federación se aplica por analogía a los contratos de derecho público en el sentido del apartado 1º, 1ª frase si es cocontratante una autoridad administrativa en el sentido del Artículo 1º, apartado 1º, n° 1. ²Si una persona física o jurídica de derecho privado o una asociación sin capacidad jurídica quiere proceder a ejecutar por un crédito dinerario, el Artículo 170, apartado 1 a 3 de la ley de la Justicia Administrativa se aplica por analogía. ³Si la ejecución es dirigida contra una autoridad administrativa en el sentido del Artículo 1, apartado 1º, n° 2 para forzar una actuación, soporte u omisión, el Artículo 172 de la ley de la Justicia Administrativa se aplica por analogía.

Artículo 62. Aplicación complementaria de disposiciones.

¹Las demás disposiciones de esta ley son aplicables, salvo que los Artículos 54 a 61 determinen algo distinto. ²Adicionalmente, las disposiciones del Código civil son aplicables por analogía.

TÍTULO V
TIPOS DE PROCEDIMIENTOS PARTICULARES

Sección 1
Procedimiento administrativo formal

Artículo 63. Aplicación de disposiciones acerca del procedimiento administrativo formal

(1) El procedimiento administrativo formal, conforme esta ley, se aplica cuando está establecido por norma.

(2) Rigen para el procedimiento administrativo formal los Artículos 64 a 71 y, salvo que no determinen algo distinto, las otras disposiciones de esta ley.

(3) ¹La comunicación según el Artículo 17, apartado 2, 2ª frase y la intimación según el Artículo 17, apartado 4, 2ª frase deben ser publicadas por aviso en el procedimiento administrativo formal. ²El aviso público se efectúa mediante la publicación de la comunicación o del aviso por la autoridad administrativa en su boletín oficial y, además, en los diarios locales que tienen divulgación en el ámbito en que la decisión, previsiblemente, tenga efectos.

Artículo 64. Forma de la solicitud

Si el procedimiento administrativo formal requiere una solicitud, ella debe ser presentada por escrito o por acta ante la autoridad administrativa.

Artículo 65. Cooperación de testigos y peritos

(1) ¹En el procedimiento administrativo formal, los testigos son obligados a prestar declaración y los peritos a presentar sus dictámenes. ²Las disposiciones del Código de procedimiento civil sobre el deber de declarar en calidad de testigo o presentar un dictamen en calidad de perito, la recusación de los peritos y la audiencia de los agentes del servicio público en calidad de testigos o peritos se aplican por analogía.

(2) ¹Si los testigos o peritos se niegan a declarar o presentar su dictamen en ausencia de alguna de las razones previstas en los Artículos 376, 383 a 385 y 408 del Código de procedimiento civil, la autoridad administrativa puede solicitar al tribunal administrativo competente por el domicilio o el lugar de residencia del testigo o del perito la audiencia. ²Si el domicilio o el lugar de residencia del testigo o perito no se encuentra en el lugar de la sede de un tribunal administrativo, o de una cámara especialmente establecida, al tribunal local competente le puede ser solicitada la audiencia. ³En la solicitud, la autoridad administrativa debe exponer el objeto de la audiencia, e indicar los nombres y domicilios de las partes. ⁴El tribunal debe avisar a las partes las fechas de los términos probatorios.

(3) Si la autoridad administrativa considera que un juramento se impone en razón de la importancia de la declaración del testigo o del dictamen de un perito o para obtener una declaración verdadera, le puede solicitar al tribunal competente en virtud del apartado 2 una declaración bajo juramento.

(4) El tribunal decide sobre la licitud de la negación a prestar declaración, presentar el dictamen o prestar el juramento.

(5) Una solicitud, según apartados 2 o 3, solo puede ser presentada al tribunal por el jefe de la autoridad administrativa, su suplente general o de un agente del servicio público que tenga la aptitud de la función de juez o que reúna los requisitos previstos en el Artículo 110, 1ª frase de la ley alemana de jueces.

Artículo 66. Obligación de audiencia a las partes

(1) En el procedimiento administrativo formal, se le debe otorgar a las partes la posibilidad de ser oídas con anterioridad a la decisión.

(2) Se les debe otorgar a las partes la posibilidad de asistir a la audiencia de testigos y peritos y a la inspección ocular como así también de proponer preguntas pertinentes en esas ocasiones; deben tener acceso a un dictamen presentado en forma escrita o electrónica.

Artículo 67. Audiencia oral necesaria

(1) ¹La autoridad administrativa decide después de audiencia oral. ²Para esto, las partes deben ser citadas por escrito y en un plazo adecuado.

³La citación debe mencionar que, en caso de ausencia de una parte, la audiencia igualmente tendrá lugar y será dictada la decisión. ⁴Si mas de 50 citaciones deben ser realizadas, ellas pueden ser reemplazadas por un aviso público. ⁵El aviso público se realiza con la publicación, acompañada de la indicación prevista en la 3ª frase, de la fecha de la audiencia con una antelación al menos de dos semanas en el boletín oficial de la autoridad administrativa y, además, en los diarios locales que tienen divulgación en el ámbito en que la decisión, previsiblemente, tenga efectos. ⁶La notificación en el boletín oficial es determinante para el plazo previsto en la 5ª frase.

- (2) La autoridad administrativa puede decidir sin audiencia oral si
1. una solicitud se resuelve en forma positiva en todos sus puntos con el acuerdo de todas las partes;
 2. ninguna de las partes ha formulado objeciones contra la medida prevista en el plazo fijado a este efecto;
 3. la autoridad administrativa ha comunicado a las partes que tiene la intención de decidir sin audiencia oral y ninguna de las partes ha formulado objeciones en el plazo fijado a este efecto;
 4. todas las partes han renunciado a la misma;
 5. es necesario dictar una decisión inmediata, por peligro inminente.

(3) La autoridad administrativa debe impulsar el procedimiento en tanto sea posible que sea concluida en una sola fecha de audiencia.

Artículo 68. Desarrollo de la audiencia oral

(1) ¹La audiencia oral no es pública. ²En esta pueden participar los representantes de las autoridades administrativas de control y personas empleadas para la formación profesional en la autoridad administrativa. ³El conductor de la audiencia puede autorizar la presencia de otras personas, si ninguna parte se opone.

(2) ¹El conductor de la audiencia debe discutir el asunto con las partes. ²El debe procurar que peticiones que no son claras sean precisadas, que sean presentadas peticiones pertinentes, que las indicaciones insuficientes sean completadas y que sean realizadas todas las declaraciones esenciales para determinar la situación de hechos.

(3) ¹ El conductor de la audiencia es responsable del orden. ² Puede apartar a personas que no obedecen sus órdenes. ³ La audiencia puede proseguir sin estas personas.

(4) ¹ De la audiencia oral debe levantarse un acta. ² El acta debe contener indicaciones relativas a

1. el lugar y la fecha de la audiencia,
2. los nombres del conductor de la audiencia, las partes, los testigos y peritos que han comparecido,
3. el objeto tratado en el procedimiento y las peticiones presentadas,
4. el contenido esencial de las declaraciones de testigos y peritos,
5. el resultado de una inspección ocular.

³ El acta debe ser firmada por el conductor de la audiencia y por el Secretario si participó. ⁴ La realización de un documento anexo como adjunto y que está designado como tal equivale al levantamiento del acta que se realizó en el momento de la audiencia; debe indicarse en el acta de audiencia la existencia del anexo.

Artículo 69. Decisión

(1) La autoridad administrativa decide conforme su apreciación en relación al resultado total del procedimiento.

(2) ¹ Los actos administrativos que concluyen el procedimiento formal deben ser dictados por escrito, fundados por escrito y notificados a las partes; una fundamentación no es necesaria en los casos previstos en el Artículo 39, apartado 2, Nros 1 y 3. ² Un acto administrativo electrónico previsto en la frase 1 debe encontrarse con una firma electrónica calificada, permanentemente controlable. ³ Si deben ser realizadas más de cincuenta notificaciones, ellas pueden ser reemplazadas por aviso público. ⁴ El aviso público se efectúa mediante la publicación de la parte resolutive del acto administrativo y las indicaciones de los recursos disponibles en el boletín oficial de la autoridad administrativa y, además, en los diarios locales que tienen divulgación en el ámbito en que la decisión, previsiblemente, tenga efectos. ⁵ El acto administrativo se lo considera notificado transcurridas dos semanas a contar del día de la publicación del aviso en el boletín oficial; esto debe ser indicado en el aviso público. ⁶ Luego de la publicación del aviso público, el acto adminis-

trativo puede ser solicitado por escrito o por vía electrónica por las partes hasta el vencimiento del plazo para recurrirlo; se efectuará igualmente indicación en el aviso público.

(3) ¹Si el procedimiento administrativo formal es concluido de otra manera, las partes deben ser notificadas. ²Si más de cincuenta notificaciones deben ser realizadas, pueden ser reemplazadas por un aviso público; apartado 2, 4ª frase se aplica por analogía.

Artículo 70. Impugnación de la decisión

Ante la interposición de un recurso administrativo que tiene por objeto un acto administrativo dictado dentro del procedimiento administrativo formal no se requiere el examen en un procedimiento administrativo previo.

Artículo 71. Disposiciones particulares para el procedimiento administrativo formal ante comisiones

(1) ¹Cuando el procedimiento administrativo formal se desarrolla ante una comisión (Artículo 88), cualesquiera de sus miembros tiene el derecho de proponer cuestiones pertinentes. ²Si una parte realiza una objeción a una cuestión, la comisión decide sobre su admisibilidad.

(2) ¹Solo pueden participar en el debate y en la votación los miembros de una comisión que hayan intervenido en la audiencia oral. ²Pueden participar, además, personas empleadas para la formación profesional en la autoridad administrativa en la cual está constituida la comisión, en la medida que el presidente autorice su presencia. ³Los resultados de la votación deben ser consignados por escrito.

(3) ¹Cada parte puede recusar a un miembro de la comisión que no deba intervenir en este procedimiento administrativo (Artículo 20) o sobre el cual se tiene una sospecha de parcialidad (Artículo 21). ²Una recusación efectuada antes de la audiencia oral debe constar por escrito o dejarse constancia en el acta. ³La declaración es inadmisiblesi la parte participó en la audiencia oral sin hacer valer el motivo de la recusación que era de su conocimiento. ⁴El Artículo 20, apartado 4, frase 2 a 4 es aplicable a la decisión sobre la recusación.

Sección 1a.
Procedimiento por ventanilla única

Artículo 71a. Aplicación

(1) Si se encuentra regulada por esta sección, que un procedimiento administrativo a través de una ventanilla única debe ser efectuado, se aplican las disposiciones de esta sección y, salvo que no determinen algo distinto, las demás disposiciones de esta ley.

(2) A la autoridad administrativa competente le incumben las obligaciones de los Artículos 71b, apartados 3,4 y 6, Artículo 71c apartado 2 y Artículo 71e aun cuando el requirente o el sujeto a notificación (*Anzeigepflichtiger*) se dirige directamente a la autoridad administrativa competente.

Artículo 71b. Procedimiento

(1) La ventanilla única recibe notificaciones, solicitudes, manifestaciones de voluntad y documentaciones y las transmite sin demora a las autoridades administrativas competentes.

(2) ¹Notificaciones, solicitudes, manifestaciones de voluntad y documentaciones se consideran ingresadas en la autoridad administrativa competente al tercer día después de haberse presentado en la ventanilla única. ²Los plazos están cumplidos con la presentación en la ventanilla única.

(3) ¹Si mediante la notificación, la solicitud o la manifestación de voluntad debe iniciarse el comienzo de un plazo, en el cual la autoridad administrativa competente debe actuar, la autoridad administrativa competente emitirá un comprobante de recibo. ²En el comprobante de recibo debe ser comunicada la fecha de la presentación en la ventanilla única e informado sobre el plazo, los requisitos del inicio del transcurso del plazo y sobre la consecuencia jurídica vinculada con el vencimiento del plazo así como los recursos disponibles.

(4) ¹Si la notificación o la solicitud está incompleta, la autoridad administrativa competente comunica inmediatamente, que documentos deben ser entregados posteriormente. ²El aviso contiene la indicación, que

el transcurso del plazo según apartado 3 se inicia no antes del ingreso de la documentación completa. ³La fecha de la presentación de la documentación posteriormente entregada en la ventanilla única se debe comunicar.

(5) ¹En la medida que se recurre a la ventanilla única para el desarrollo del procedimiento, los avisos de la autoridad administrativa competente destinados al requirente o al sujeto de la notificación (*Anzeigepflichtiger*) deben ser tramitados a través de ella. ²Actos administrativos se notificarán a requerimiento de aquella persona a quien está destinado el acto administrativo, en forma inmediata por la autoridad administrativa competente.

(6) ¹Un acto administrativo escrito que es transmitido por correo al extranjero, se considera notificado un mes después de ser despachado en el correo. ²El Artículo 41 apartado 2 frase 3 se aplica por analogía. ³El requirente ni el sujeto a notificación (*Anzeigepflichtiger*) no pueden ser obligados según el Artículo 15, a designar un mandatario para la recepción de comunicaciones.

Artículo 71c. Obligación de información

(1) ¹La ventanilla única brinda a requerimiento, sin demora, información sobre las normas determinantes, las autoridades administrativas competentes, el acceso a los archivos públicos y bases de datos, los derechos procedimentales que le asisten y los servicios que le ayudan al requirente o al sujeto a notificación (*Anzeigepflichtigen*) en el inicio o el ejercicio de su actividad. ²Ella comunica sin demora, si una demanda es demasiado imprecisa.

(2) ¹Las autoridades administrativas competentes brindan información a requerimiento, sin demora sobre las normas determinantes y la interpretación común de las mismas. ²Sugerencias necesarias e informaciones según el Artículo 25 se dan sin demora.

Artículo 71d. Auxilio mutuo

¹La ventanilla única y las autoridades administrativas competentes procuran el desarrollo procedimental regular y eficaz; todas las ventanillas únicas y autoridades administrativas competentes se auxilian recíprocamente. ²Las autoridades administrativas competentes ponen especialmen-

te a disposición de la ventanilla única las informaciones necesarias sobre el estado del procedimiento.

Artículo 71e. Procedimiento electrónico

¹A requerimiento, el procedimiento según esta sección se desarrolla en forma electrónica. ²El Artículo 3a Apartado 2 frase 2 y 3 y apartado 3 quedan intactos.

Sección 2

Procedimientos de control de un proyecto

Artículo 72. Aplicación de las disposiciones relativas al procedimiento de control de un proyecto

(1) Si un procedimiento de control de un proyecto es previsto por una norma, los Artículos 73 a 78 le son aplicables y salvo que no resulte nada distinto de ellas, las otras disposiciones de la presente ley; los Artículos 51 y 71a a 71e no son aplicables, el Artículo 29 es aplicable, bajo la reserva que se debe otorgar acceso a los expedientes según discrecionalidad adecuada.

(2) ¹En el procedimiento de control de un proyecto, la comunicación prevista en el Artículo 17, apartado 2, 2ª frase y la intimación prevista en el Artículo 17, apartado 4, 2ª frase deben ser publicados mediante un aviso público. ²El aviso público se efectúa mediante la publicación de la comunicación o la intimación por la autoridad administrativa en su boletín oficial y, además, en diarios locales que tienen divulgación en el ámbito en que el proyecto, previsiblemente, tenga efectos.

Artículo 73. Procedimiento de audiencia

(1) ¹El responsable del proyecto debe remitir el plan a la autoridad administrativa de la audiencia para el desarrollo del procedimiento de audiencia. ²El plan consiste en bocetos y explicaciones que permitan identificar el proyecto, su motivo y los terrenos e instalaciones afectados por el proyecto.

(2) Dentro de un mes después de la recepción del plan completo, la autoridad administrativa de audiencia convoca a las autoridades administrativas, cuyo ámbito de funciones está afectado por el proyecto, a fin de que adopten una posición y dispone que el plan está sometido a información pública en los municipios en los cuales el proyecto tiene efectos.

(3) ¹Los municipios mencionados en el apartado 2 deben someter el plan dentro de tres semanas después de su recepción, durante un mes. ²Se puede renunciar a sometimiento a la información pública si el círculo de los afectados es conocido, y se le otorga en un plazo adecuado la ocasión de consultar el plan.

(3.a) ¹Las autoridades administrativas previstas en el apartado 2 deben presentar su posición dentro de un plazo que no debe exceder de tres meses a fijar por la autoridad administrativa de audiencia. ² Posiciones arribadas después del plazo de audiencia no son mas tomadas en cuenta, salvo que los intereses presentados ya son conocidos por la autoridad administrativa de control de proyecto, o habrían sido conocidos por ella o tienen relevancia para la legalidad de la decisión.

(4) ¹Dentro de dos semanas después del transcurso del plazo del sometimiento a la información pública, toda persona cuyos intereses están afectados por el proyecto puede presentar por escrito o por acta ante la autoridad administrativa de audiencia o el municipio, objeciones contra el plan. ²En el caso del apartado 3, 2ª frase, la autoridad administrativa de audiencia fija el plazo para la presentación de objeciones. ³ Después de la conclusión del plazo para la presentación de objeciones son excluidas todas las objeciones que no se basen en títulos especiales de derecho privado. ⁴Esto se debe indicar en el aviso de sometimiento a la información pública o en el aviso del plazo para la presentación de las objeciones.

(5) ¹Los municipios en los cuales el plan debe ser sometido a la información pública, deben avisar de antemano el sometimiento mediante un aviso público según los usos de la localidad. ²En el aviso, se debe indicar,

1. donde y por cuanto tiempo el plan está sometido a la información pública;
2. que eventuales objeciones deben ser presentadas ante las autoridades a designar en el aviso, dentro del plazo para la presentación de objeciones;
3. que, en caso de ausencia de una parte en la fecha de la audiencia, igualmente se toma la audiencia;

4. que

- a. las personas que presentaron objeciones pueden ser informadas de la fecha de la audiencia por un aviso público,
- b. la notificación de la decisión sobre las objeciones puede ser reemplazada por un aviso público, si más de cincuenta avisos o notificaciones deben ser realizadas.

³Afectados que no residen en el lugar, cuya identidad y residencia son conocidas o pueden ser ubicados en un plazo adecuado deben ser, a iniciativa de la autoridad administrativa de audiencia, informadas del sometimiento a la información pública con la indicación según frase 2.

(6) ¹Luego del transcurso del plazo para la presentación de objeciones, la autoridad administrativa de audiencia debe debatir con el responsable del proyecto, las autoridades administrativas, los afectados y las personas que han presentado objeciones sobre las objeciones presentadas contra el plan y las posiciones de las autoridades administrativas con respecto al plan. ²La fecha de la audiencia debe ser publicada por aviso según los usos locales con una antelación al menos de una semana. ³Las autoridades administrativas, el responsable del proyecto y aquellas que han presentado objeciones deben ser informados de la fecha de la audiencia. ⁴Si, aparte de las autoridades administrativas y el responsable del proyecto, se debe informar a más de cincuenta personas, estas informaciones pueden ser reemplazadas por un aviso público. ⁵El aviso público se efectúa, prescindiendo de la 2ª frase, por la publicación de la fecha de la audiencia en el boletín oficial de la autoridad de audiencia y, además, en diarios locales que tienen divulgación en el ámbito en que el proyecto, previsiblemente, tenga efectos; el aviso en el boletín oficial es determinante para el plazo previsto en la 2ª frase. ⁶Por lo demás, se aplican con respecto a la audiencia, las disposiciones sobre la audiencia oral en el procedimiento administrativo formal (Artículo 67, apartado 1º 3ª frase, apartado 2, Nros 1 y 4, apartado 3, Artículo 68) por analogía. ⁷La audiencia debe ser concluida dentro de tres meses después del transcurso del plazo para la presentación de objeciones.

(7) Prescindiendo de las disposiciones del apartado 6, frases 2 a 5, la fecha de la audiencia puede ser fijada ya en el aviso previsto en el apartado 5, 2ª frase.

(8) ¹Si un plan sometido a la información pública debe ser modificado y si por eso el ámbito de funciones de una autoridad administrativa o

intereses de terceros son afectados por primera vez o mas gravemente que antes, esta modificación debe serles comunicada, y debe otorgárseles ocasión para tomar posición o para presentar objeciones dentro de un plazo de dos semanas. ²Si la modificación produce efectos sobre el territorio de otro municipio, el plan modificado debe ser sometido a información pública en este municipio; los apartados 2 a 6 se aplican por analogía.

(9) La autoridad administrativa de audiencia da su posición sobre el resultado del procedimiento de audiencia y la transmite a la autoridad administrativa de planificación en la medida de lo posible dentro de un mes luego de la conclusión de la audiencia, acompañando el plan, las tomas de posición de las autoridades administrativas y las objeciones no resueltas.

Artículo 74. Resolución sobre el control del proyecto. Autorización del plan

(1) ¹La autoridad administrativa de control del proyecto aprueba el plan (resolución sobre el control del proyecto -*Planfeststellungsbeschluss*-). ²Las disposiciones respecto a la decisión y a la impugnación de la decisión en el procedimiento administrativo formal (Artículos 69 y 70) son aplicables.

(2) ¹En la resolución sobre el control del proyecto, la autoridad administrativa de control del proyecto decide respecto de las objeciones sobre las que, con motivo de la audiencia, no se llegó a un consenso ante la autoridad administrativa de la audiencia. ²Ella debe imponerle al responsable del proyecto las medidas necesarias o el establecimiento y mantenimiento de instalaciones que son necesarias para el bien común o para evitar perjuicios a los derechos de otros. ³Si tales medidas necesarias o instalaciones son impracticables o incompatibles con el proyecto, el afectado tiene el derecho a una indemnización pecuniaria adecuada.

(3) En la medida que no se puede adoptar aún una decisión concluyente, ésta debe ser tomada junto con la resolución de control del proyecto; al responsable del proyecto se le debe imponer que, en legal tiempo, presente documentos todavía faltantes o documentos a determinar por la autoridad administrativa de control del proyecto.

(4) ¹La resolución de aprobación del proyecto debe ser notificada al responsable del proyecto, a los afectados conocidos y a aquellas cuyas ob-

jeciones fueron decididas. ²Una copia certificada de la resolución acompañada de la indicación de los recursos disponibles y una copia certificada del proyecto aprobado deben ser depositados para consulta durante dos semanas en los municipios; el lugar y la fecha del depósito para consulta deben ser publicados según los usos de la localidad. ³Al término del plazo del depósito para consulta, la decisión se la considera notificada a los demás afectados; ello se indicará en el aviso.

(5) ¹Si, además de la notificación al responsable del proyecto, deben ser realizadas más de cincuenta notificaciones en virtud del apartado 4, estas notificaciones pueden ser reemplazadas por un aviso público. ²El aviso público se lo efectúa mediante la publicación de la parte dispositiva de la resolución de aprobación del proyecto, de la indicación de los recursos disponibles y una indicación sobre el depósito para consulta según apartado 4. 2ª frase, en el boletín oficial de la autoridad administrativa competente y, además, en los diarios locales que tienen divulgación en el ámbito en que el proyecto, previsiblemente, tenga efectos; se indicarán obligaciones. ³Al término del plazo del depósito para consulta, la resolución se considera notificada a los afectados y a aquellas que presentaron objeciones; esto será materia de indicación en el aviso público. ⁴Luego de la publicación del aviso y hasta la terminación del plazo de recurso, la resolución de la planificación puede ser solicitada por escrito por los afectados y por aquellas que han presentado objeciones; ello igualmente se indicará en el aviso.

(6) En lugar de una resolución de aprobación de proyecto se puede otorgar una autorización del plan, si

1. derechos de otros no están afectados o los afectados han declarado por escrito su acuerdo con la utilización de su propiedad o de otro derecho, y
2. se ha consultado a los responsables de intereses públicos cuyo ámbito de funciones está afectado.

²La autorización del plan tiene por efectos jurídicos la aprobación del proyecto, con excepción del efecto que anticipa la expropiación; las disposiciones sobre el procedimiento de control del proyecto no son aplicables para su otorgamiento. ³Antes de la interposición de una acción ante la Justicia Administrativa no es necesario el control mediante un procedimiento previo. ⁴El Artículo 75 apartado 4 se aplica por analogía.

(7) No es necesaria la aprobación de control del proyecto ni la autorización del plan en los casos de importancia menor. Esto es si

1. otros intereses públicos no son afectados o las decisiones administrativas necesarias ya existen y no son contrarias al plan y
2. derechos de otros no están afectados o se llegó a acuerdos correspondientes con los afectados por el plan.

Artículo 75. Efectos jurídicos de la aprobación del proyecto

(1) ¹La aprobación del proyecto certifica la admisibilidad del proyecto e incluye las medidas necesarias que recaen sobre otras instalaciones con respecto a todos los intereses públicos afectados por el proyecto; no son necesarias otras decisiones administrativas de derecho público, particularmente autorizaciones, concesiones, permisos, consentimientos, aprobaciones y aprobaciones del proyecto por sobre la aprobación del proyecto. ²La aprobación del proyecto regula todas las relaciones de derecho público entre el responsable del proyecto y los afectados por el plan con efecto jurídico constitutivo.

(1.a) ¹Vicios en la ponderación de los intereses públicos y privados afectados por el proyecto solamente son relevantes cuando eran manifiestos y tenían impacto sobre el resultado de la ponderación. ²Vicios relevantes en la ponderación solo conducen a la anulación de la resolución de aprobación del proyecto o de la autorización del plan si no pueden ser saneados por un complemento del plan o por un procedimiento complementario.

(2) ¹Si la resolución de aprobación del proyecto es inimpugnabile, las pretensiones a la omisión del proyecto, a la supresión o a la modificación de instalaciones o a la omisión de su utilización están excluidas. ²Si efectos imprevisibles del proyecto o de las instalaciones previstas que corresponden al proyecto aprobado afectan el derecho de otro solo luego de la inimpugnabilidad del plan, el afectado puede reclamar la adopción de medidas necesarias, o la edificación o mantenimiento de instalaciones que evitan los efectos perjudiciales. ³Ellas le deben ser impuestas al responsable del proyecto por resolución de la autoridad administrativa de control del proyecto. ⁴Si tales medidas necesarias o instalaciones son impracticables o incompatibles con el proyecto, la pretensión se resuelve mediante una indemnización pecuniaria adecuada. ⁵Si medidas necesarias o instalaciones en el sentido

de la 2ª frase se transforman en necesarias porque se producen transformaciones después de la conclusión del procedimiento de aprobación del proyecto con respecto a un terreno vecino, el propietario del terreno vecino debe soportar los costes ocasionados por este hecho, salvo que las modificaciones se hubieran producido por eventos naturales o por fuerza mayor; frase 4ª no es aplicable.

(3) ¹ Solicitudes que hacen valer pretensiones para la construcción de instalaciones o una indemnización adecuada en virtud del apartado 2, frase 2 y 4 deben ser presentadas por escrito a la autoridad administrativa de control del proyecto. ²Elas solamente son admisibles dentro del plazo de tres años contados a partir del momento en que el afectado tuvo conocimiento de los efectos perjudiciales del proyecto que corresponden a la aprobación inimpugnable o de la instalación; están excluidas si han transcurrido treinta años después de la realización de la situación que corresponde al plan.

(4) Si la realización del plan no comienza dentro de cinco años después de su inimpugnabilidad, caduca.

Artículo 76. Modificaciones del plan antes de la realización del proyecto

(1) Si antes de la realización del proyecto, el plan aprobado debe ser modificado, es necesario un nuevo procedimiento de control del proyecto.

(2) En caso de modificaciones del plan de menor importancia, la autoridad administrativa de control del proyecto puede prescindir de un nuevo procedimiento de control de proyecto si los intereses de otros no son afectados o los afectados han aprobado la modificación.

(3) Si la autoridad administrativa de control del proyecto efectúa un procedimiento de control del proyecto en los casos mencionados en el apartado 2 o de una modificación del plan de menor importancia, el procedimiento de audiencia y la notificación pública de la resolución de aprobación del proyecto no son necesarios.

Artículo 77. Anulación de la resolución de aprobación del proyecto

¹Si un proyecto, cuya realización se comenzó, se lo abandona definitivamente, la autoridad administrativa de control del proyecto debe anular la resolución de aprobación del proyecto. ²En la resolución de anulación,

la restitución al estado anterior u otras medidas apropiadas deben serle impuestas al responsable del proyecto, en la medida que esto sea necesario para el bien común o para evitar efectos perjudiciales sobre derechos de otros. ³Si se transforman en necesarias tales medidas porque se produjeron modificaciones en un terreno vecino después de la conclusión del procedimiento administrativo de control del proyecto, el responsable del proyecto puede ser obligado por resolución de la autoridad administrativa de control del proyecto a tomar medidas apropiadas; el propietario del terreno vecino debe sin embargo soportar los costes ocasionados por ese hecho, a menos que las modificaciones se hubieran producido por eventos naturales o fuerza mayor.

Artículo 78. Coincidencia de varios proyectos

(1) Si varios proyectos independientes unos de otros, para cuya realización está previsto el procedimiento de control del proyecto, coinciden de tal manera que sólo una decisión única es posible para estos proyectos o para partes de aquellos, y uno al menos de estos procedimientos administrativos de control del proyecto se encuentre regulado por norma federal, tendrá lugar un único procedimiento administrativo de control de proyecto para estos proyectos o parte de aquellos.

(2) ¹Competencias y procedimientos se determinan según las normas de procedimiento administrativo de control del proyecto que está previsto para aquella instalación que afecta a un círculo mas grande de relaciones de derecho público. ²Si existen dudas sobre que norma es aplicable, decide el Gobierno federal en caso de que según las normas correspondientes varias autoridades administrativas federales en los ámbitos funcionales de varias autoridades administrativas supremas federales son competentes, en lo demás la suprema autoridad administrativa federal competente. ³Si existen dudas sobre que norma es aplicable y, si según las normas correspondientes son competentes una autoridad administrativa federal y una autoridad administrativa de un Land si no se ponen de acuerdo las autoridades administrativas supremas de la Federación y del Land, el gobierno federal y el gobierno del Land deben consensuar la norma aplicable.

TÍTULO VI
PROCEDIMIENTO EN LA VÍA RECURSIVA

Artículo 79. Recursos contra actos administrativos

Son aplicables a los recursos formales contra los actos administrativos, la ley de la Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*) y las normas dictadas para su ejecución salvo que otra ley no disponga otra cosa; para lo demás, las disposiciones de la presente ley se aplican.

Artículo 80. Reembolso de gastos en el procedimiento previo

(1) ¹En la medida que el recurso administrativo previo es exitoso, la entidad cuya autoridad administrativa dictó el acto administrativo impugnado debe reembolsar a aquel que interpuso el recurso administrativo previo los gastos necesarios para la prosecución o para la defensa eficaz de sus derechos. ²Esto se aplica igualmente si el recurso administrativo previo es rechazado solo porque la vulneración de una regla procedimental o formal según el Artículo 45 no tiene efecto. ³En la medida que el recurso administrativo previo no es exitoso, aquél que interpuso el recurso administrativo previo debe reembolsar, los gastos necesarios para la prosecución o la defensa eficaz de sus derechos a la autoridad administrativa que dictó el acto administrativo impugnado; esto no se aplica si el recurso administrativo previo se interpuso contra un acto administrativo dictado dentro del marco

1. de una relación de empleo público o de función pública actual o pasada según el derecho público o
2. de un servicio legal obligatorio o de una actividad, actual o pasada que se puede prestar en lugar de un servicio legal obligatorio.

⁴Gastos ocasionados por la culpa de una persona que tiene derecho al reembolso deben ser soportadas por ella; la culpa de un representante es imputable al representado.

(2) Las tasas y los gastos de un abogado o de otro mandatario dentro de un procedimiento previo son reembolsables si la consulta de un mandatario era necesaria.

(3) ¹La autoridad administrativa que tomó la decisión relativa a los costes fija a solicitud la suma de los gastos a reembolsar; si una comisión o un consejo (Artículo 73, apartado 2 de la ley de la Justicia Administrativa) decidió sobre los costes, le corresponde a la autoridad administrativa de la cual esta comisión o consejo depende la fijación de costes. ²La decisión relativa a los costes determina igualmente si la consulta de un abogado o de otro mandatario era necesaria.

(4) Los apartados 1 a 3 se aplican igualmente a los procedimientos previos de medidas adoptadas en virtud de la normativa disciplinaria para la magistratura

TÍTULO VII ACTUACIONES HONORARIAS, COMISIONES

Sección 1 Actuación honoraria

Artículo 81. Aplicación de las disposiciones relativas a la actuación honoraria

Los Artículos 82 a 87 son aplicables a la actuación honoraria en el procedimiento administrativo, salvo que normas no dispongan otra cosa.

Artículo 82. Obligación de actuación honoraria

Existe obligación de asumir una actuación honoraria sólo si está prevista por norma.

Artículo 83. Ejercicio de actuación honoraria

(1) El que actúa de manera honoraria debe ejercer su actuación de manera conciente e imparcial.

(2) ¹Cuando toma sus funciones, debe ser obligado especialmente a actuar conciente e imparcialmente y con discreción. ²La obligación debe constar en su legajo.

Artículo 84. Obligación de discreción

(1) ¹El que actúa de manera honoraria debe observar discreción, aún si ha concluido con su actuación honoraria, sobre los asuntos llegados a su conocimiento en esa ocasión. ²Esto no se aplica a comunicaciones dentro de los informes del servicio ni a hechos notorios que según su importancia no necesitan discreción.

(2) El que actúa de manera honoraria no puede sin autorización prestar testimonios o declaraciones ni ante ni fuera de un tribunal, sobre los asuntos en los cuales tiene el deber de discreción.

(3) La autorización a prestar declaración como testigo solo puede ser rehusada si la declaración sea tal que pueda ocasionar perjuicio a la Federación o a un Land, o poner seriamente en peligro o dificultar gravemente el cumplimiento de las funciones públicas.

(4) ¹Cuando el que actúa de manera honoraria es parte en un proceso judicial o que sus alegaciones deban servir a la salvaguarda de sus intereses legítimos, la autorización sólo puede ser rehusada aún si los requisitos del apartado 3 están cumplidos, si un interés público imperativo lo requiere. ²Si es rechazada, se debe conceder a aquél que actúa de manera honoraria la protección que permiten los intereses públicos.

(5) La autorización según los apartados 2 a 4 es otorgada por la autoridad administrativa de control funcional competente de aquella sede que ha llamado al que actúa de manera honoraria.

Artículo 85. Indemnización

El que actúa de manera honoraria tiene el derecho al reembolso de sus gastos necesarios y de su lucro cesante.

Artículo 86. Remoción

¹Personas que han sido llamadas para actuar de manera honoraria, pueden ser removidas por la sede que las ha llamado en caso de un motivo serio. ²Se considera, especialmente, serio el motivo si el que actúa de manera honoraria

1. ha violado su deber de manera grave o si ha resultado indigno,
2. no puede ejercer más correctamente su actuación.

Artículo 87. Contravenciones administrativas (Ordnungswidrigkeiten)

- (1) Comete una contravención administrativa aquel que
 1. no asume una actuación honoraria, aunque está obligado a asumirla,
 2. abandona sin motivo justificable una actuación honoraria, que estaba obligado a asumir.
- (2) La contravención administrativa puede ser sancionada con una multa.

Sección 2
Comisiones

Artículo 88. Aplicación de las disposiciones sobre comisiones

Los Artículos 89 a 93 son aplicables a las comisiones, consejos y a otras instituciones colegiadas (comisiones –Ausschüsse-) cuando intervienen en un procedimiento administrativo, salvo que normas dispongan otra cosa.

Artículos 89. Orden en las sesiones

El Presidente abre, dirige y cierra las sesiones; es responsable del orden.

Artículo 90. Quórum

(1) ¹Comisiones pueden válidamente deliberar si todos los miembros fueron convocados y si más de la mitad de los miembros, al menos tres de aquellos que tienen voz para deliberar, se encuentran presentes. ²Resoluciones pueden igualmente ser adoptadas en el procedimiento escrito, a condición de que ningún miembro se oponga.

(2) Si un asunto no pudo ser tratado por falta de quórum y si la comisión es convocada nuevamente para tratar el mismo objeto, ella pue-

de válidamente deliberar sin perjuicio del número de los presentes si esto ha sido indicado en la convocatoria.

Artículo 91. Deliberación

¹Resoluciones son adoptadas por mayoría de votos. ²En caso de empate, el voto del presidente es determinante si tiene derecho a voto; en lo demás, el empate se considera rechazado.

Artículo 92. Elecciones por comisiones

(1) ¹Salvo que un miembro de la comisión se oponga, la elección se realiza por votación nominal o a mano alzada o, en lo demás mediante boleta de voto. ²A solicitud de un miembro, la votación debe ser secreta.

(2) ¹Es elegido aquel que haya obtenido el mayor número de votos emitidos. ²En caso de empate, se determina por un tiraje a suerte realizado por el presidente de la votación.

(3) ¹ Si varios puestos electivos equivalentes son convocados, la elección se lleva a cabo conforme el escrutinio proporcional del sistema d'Hondt, salvo que se haya decidido otra cosa por unanimidad. ²En caso de igualdad de cociente para atribuir el último puesto electivo, éste se determina por un tiraje a suerte realizado por el presidente de la votación.

Artículo 93. Confección del Acta

¹De la sesión debe confeccionarse un acta. ²Esta acta debe contener las indicaciones concernientes a

1. el lugar y la fecha de la sesión,
2. los nombres del presidente y de los miembros de la comisión presentes,
3. el objeto del debate y las peticiones formuladas,
4. las decisiones adoptadas,
5. el resultado de votaciones.

³El acta debe ser firmada por el presidente y, si se convocó a un secretario, también por este último.

TÍTULO VIII
DISPOSICIONES FINALES

Artículo 94. Transferencia de funciones municipales

¹Los gobiernos de los Länder pueden transferir por decreto las funciones que incumben a los municipios en virtud de los Artículos 73 y 74 de la presente ley, a otra corporación territorial local o a una comunidad administrativa. ²Normas de los Länder que contienen disposiciones correspondientes quedan intactas.

Artículo 95. Régimen especial para los asuntos de defensa

¹Luego de declarar el estado de defensa o el estado de peligro, se puede prescindir en asuntos de defensa, de la audiencia de partes (Artículo 28, apartado 1º), a la confirmación por escrito (Artículo 37, apartado 2, 2ª frase) y a la fundamentación por escrito de un acto administrativo (Artículo 39, apartado 1º); en estos casos, un acto administrativo es, salvo disposición en contrario de Artículo 41, apartado 4, 3ª frase, considerado notificado después de la publicación. ²Lo mismo se aplica para las demás normas según Artículo 80a de la Ley Fundamental.

Artículo 96. Procedimientos en curso

(1) Los procedimientos ya iniciados deben ser concluidos según las disposiciones de la presente ley.

(2) La admisibilidad de un recurso contra las decisiones adoptadas antes de la entrada en vigencia de la presente ley se rigen según las disposiciones vigentes a ese momento.

(3) Plazos que comenzaron a transcurrir antes de la entrada en vigencia de la presente ley son computados según la normativa vigente a ese momento.

(4) Para el reembolso de costes en el procedimiento previo, se aplican las disposiciones de la presente ley cuando el procedimiento previo no se ha concluido todavía antes de la entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 97.

(derogado)

Artículo 98.

(derogado)

Artículo 99.

(derogado)

Artículo 100. Normativa de los Länder

Los Länder pueden, mediante ley

1. adoptar una disposición correspondiente al Artículo 16;
2. disponer en cuanto a aprobaciones de proyectos que se realizan en base a disposiciones de derecho del Land, que se aplican los efectos legales del Artículo 75 apartado 1 frase 1 también con respecto a las decisiones necesarias según el derecho federal.

Artículo 101. Ciudades Estado

¹Los gobiernos de los Länder de Berlín, Bremen y Hamburgo se encuentran habilitados a reglamentar la competencia local, de manera distinta a lo dispuesto en el Artículo 3, conforme a la estructura administrativa particular de sus Länder.

Artículo 102. Disposiciones transitorias con respecto al Artículo 53

Artículo 229 párrafo 6, apartados 1 a 4 de la ley introductoria al Código Civil se aplica por analogía en cuanto a la aplicación del Artículo 53 en la versión vigente a partir del 1º de enero de 2002.











Impreso en enero de 2012
en Gráfica LAF s.r.l., Montegudo 741/745
(B1672AFO) Villa Lynch - Pcia. Bs. As
Tirada: 1.000 ejemplares