

**PEDRO ABERASTURY**  
**RICARDO PERLINGEIRO**

**Directores**

# **CÓDIGO MODELO EUROAMERICANO DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA**

**COMENTADO Y CONCORDADO**



**RUBINZAL - CULZONI**  
**EDITORES**

***Autores:***

**PEDRO ABERASTURY**

**OSCAR R. AGUILAR  
VALDEZ**

**GABRIELE BOTTINO**

**JESÚS MARÍA CASAL**

**MARÍA ROSA CILURZO**

**DOMINIQUE CUSTOS**

**STEFANO D'ANCONA**

**DIANA-URANIA GALETTA**

**ADRIANA GARCÍA GARCÍA**

**RICARDO GARCÍA MACHO**

**SANTIAGO J. GARCÍA  
MIRA**

**LEONARDO GRECO**

**CARLA HUERTA**

**LORENA OSSIO**

**GILLES PELLISSIER**

**RICARDO PERLINGEIRO**

**LUÍSA SILVA SCHMIDT**

**KARL-PETER  
SOMMERMANN**

**DANIELA UROSA MAGGI**

**JACQUES ZILLER**



**CÓDIGO MODELO EUROAMERICANO DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA  
COMENTADO Y CONCORDADO**



**PEDRO ABERASTURY - RICARDO PERLINGEIRO**

**Directores**

**CÓDIGO MODELO  
EUROAMERICANO  
DE LA JURISDICCIÓN  
ADMINISTRATIVA**

**COMENTADO Y CONCORDADO**

**PRÓLOGO DE  
KARL-PETER SOMMERMANN**

**Autores**

**PEDRO ABERASTURY - OSCAR R. AGUILAR VALDEZ  
GABRIELE BOTTINO - JESÚS MARÍA CASAL  
MARÍA ROSA CILURZO - DOMINIQUE CUSTOS  
STEFANO D'ANCONA - DIANA-URANIA GALETTA  
ADRIANA GARCÍA GARCÍA - RICARDO GARCÍA MACHO  
SANTIAGO J. GARCÍA MIRA - LEONARDO GRECO  
CARLA HUERTA - LORENA OSSIO - GILLES PELLISSIER  
RICARDO PERLINGEIRO - LUÍSA SILVA SCHMIDT  
KARL-PETER SOMMERMANN - DANIELA UROSA MAGGI - JACQUES ZILLER**



**RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES**



Esta obra en formato digital tiene acceso libre y gratuito.  
Su comercialización está prohibida

Código modelo euroamericano de la jurisdicción administrativa comentado y concordado / Pedro Aberastury ... [et al.] ; dirigido por Pedro Aberastury ; Ricardo Perlingeiro. - 1ª ed. revisada. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2022  
Libro digital. PDF

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-30-4654-4

1. Derecho. I. Aberastury, Pedro, dir. II. Perlingeiro, Ricardo, dir.  
CDD 342.009

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

---

IMPRESO EN ARGENTINA

## AUTORES

**KARL-PETER SOMMERMANN** (*Prólogo* y comentario al art. 1º)

Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparado en la Universidad Alemana de Ciencias de la Administración, Speyer (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer). Expresidente de la Asociación de los Profesores Alemanes de Derecho Público. E-mail: sommermann@uni-speyer.de.

**DOMINIQUE CUSTOS** (comentario al art. 2º)

Doctora en Derecho por la Universidad de Panthéon-Sorbonne. Profesora catedrática/*agrégée* de Droit Public. Ex Judge John D. Wessel distinguished professor of law, Universidad de Loyola, Nueva Orleans, EE. UU. Profesora de la Universidad de Caen, Normandía, Francia.

**GILLES PELLISSIER** (comentario al art. 3º)

Consejero de Estado, profesor asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad François Rabelais de Tours.

**JACQUES ZILLER** (comentario a los arts. 4º y 5º)

Doctor en Derecho por la Universidad de París II-Panthéon Assas, antiguo profesor de la Universidad de París I-Panthéon Sorbonne, professore onorario/emerito dell'Università di Pavia. Presidente de la Societas Iuris Publici Europaei.

**PEDRO ABERASTURY** (comentario a los arts. 6° a 12)

Doctor por la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Administrativo. Profesor ordinario adjunto de Derecho Administrativo –Facultad de Derecho, UBA–. Expresidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

**MARÍA ROSA CILURZO** (comentario a los arts. 13 a 18)

Jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Especialista en Derecho Administrativo. Profesora adjunta regular de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires –Facultad de Derecho–. Profesora de la Maestría y Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Belgrano.

**RICARDO PERLINGEIRO** (comentario a los arts. 19, 20 y 46)

Profesor catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense (UFF), profesor adjunto del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Estácio de Sá (UNESA) y juez federal del Tribunal Regional Federal de la 2ª Región (Río de Janeiro). Ha coordinado proyectos de investigación internacionales en el área de Derecho Procesal Internacional y Derecho Procesal Administrativo.

**LUÍSA SILVA SCHMIDT** (comentario a los arts. 19, 20 y 46)

Estudiante de doctorado en Derecho en la Universidad Estácio de Sá (UNESA), en la línea de investigación Acceso a la Justicia y Eficacia del Proceso. Máster en Jurisdicción Administrativa por la Universidad Federal Fluminense (UFF), con especialización en Medio Ambiente. Miembro del Centro de Investigación Justicia Administrativa en Contexto (NUPEJAC), vinculado al Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Estácio de Sá (PPGD-UNESA). Juez federal adjunto de la Sección Judicial de Río de Janeiro.



**LEONARDO GRECO** (comentario a los arts. 21 a 27)

Profesor titular retirado de Derecho Procesal Civil de la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro.

**DIANA-URANIA GALETTA** (comentario a los arts. 28, 29 y 32 a 34)

Catedrática/Full Professor de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Europeo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán (Università degli Studi di Milano). Profesora visitante, entre otros, en las Universidades de Sídney (Australia), París I-Sorbonne (Francia), Lisboa (Portugal), Constanza (Alemania) y Huelva (España), además de haber sido titular de varias becas de investigación, dos de las cuales fueron financiadas por la prestigiosa fundación alemana “Alexander von Humboldt”.

**STEFANO D’ANCONA** (comentario a los arts. 28, 29 y 32 a 34)

Investigador de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Milán. Titular de la cátedra de Derecho Contractual Público en la misma universidad y autor de numerosas publicaciones sobre Derecho y procesos administrativos.

**OSCAR R. AGUILAR VALDEZ** (comentario a los arts. 30 y 31)

Profesor protitular de Derecho Administrativo –Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina–. Profesor de posgrado de las Universidades de Buenos Aires, Católica Argentina y Universidad Austral. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

**SANTIAGO J. GARCÍA MIRA** (comentario a los arts. 35 a 39)

Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Profesor adjunto (int.) de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho –UBA–. Profesor adjunto de Derecho Administrativo I –Universidad del Museo Social Argentino–.

**CARLA HUERTA** (comentario a los arts. 40 a 44)

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, profesora por asignatura del posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

**RICARDO GARCÍA MACHO** (comentario a los arts. 45 y 47)

Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad UJI de Castellón. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca en 1981, de la que fue profesor titular desde 1984 hasta 1994.

**GABRIELE BOTTINO** (comentario a los arts. 48 a 52)

Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Milán, Departamento de Ciencias Sociales y Políticas.

**JESÚS MARÍA CASAL** (comentario a los arts. 53 a 56)

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela.

**DANIELA UROSA MAGGI** (comentario a los arts. 53 a 56)

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Boston College Law School y profesora Aliada Internacional, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela.

**ADRIANA GARCÍA GARCÍA** (comentario a los arts. 57 a 59)

Profesora del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México. Consultora en Open Society Justice Initiative, Nueva York. Doctora (JSD) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Licenciada en Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (México). Maestra en Derecho (LL. M.) de la Universidad de Chicago y maestra en Derecho y Economía de la Universidad Complutense (España).

**LORENA OSSIO** (comentario al art. 60)

Doctora de la Universidad de Speyer de Ciencias de la Administración Pública, Speyer, Alemania. Profesora carga horaria de la Universidad Católica Boliviana, regional La Paz, y docente de la Universidad de Ciencias de la Administración Pública Speyer. Líder del Grupo de Investigación Asociado del Instituto Max-Planck de Derecho Social y Política Social, Múnich, Alemania.



## PRÓLOGO

*La force des tribunaux a été, de tout temps, la plus grande garantie qui se puisse offrir à l'indépendance individuelle, mais cela est surtout vrai dans les siècles démocratiques; les droits et les intérêts particuliers y sont toujours en péril, si le pouvoir judiciaire ne grandit et ne s'étend à mesure que les conditions s'égalisent.*

ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, vol. 2, 1840, Quatrième Partie, Chap. VII

*Recht und Gesetz können nur da wahre Bedeutung und Macht gewinnen, wo sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung bereit finden.*

(La ley y la justicia sólo pueden cobrar verdadera importancia y poder cuando encuentran un juicio dispuesto a su realización).

OTTO BÄHR, *Der Rechtsstaat* (*El Estado de Derecho*), 1864, § 4

*El derecho a una tutela judicial efectiva del individuo frente a la administración pública se reconoce hoy en día, de forma más o menos pronunciada, en todos los Estados constitucionales liberales. En la mayoría de las Constituciones nacionales es un elemento importante del catálogo de los derechos fundamentales. Junto con el principio de la*

legalidad de la administración, representa el eje de una concepción transnacional del Estado de Derecho, según la cual el Estado no sólo reconoce los derechos y las libertades, sino que los protege eficazmente y promueve su ejercicio. Sin embargo, a pesar de los considerables avances y de la creciente convergencia de los sistemas, especialmente desde 1990, en muchos países siguen persistiendo deficiencias en el control judicial. Esto se debe, en gran medida, a la dependencia de la trayectoria del Derecho nacional (*path dependency*), de la que los sistemas nacionales tienen dificultades para liberarse, aunque ello resulte necesario para una tutela judicial más eficaz. Cabe mencionar dos fenómenos de esta dependencia: en primer lugar, el respectivo origen del control judicial, ya sea a partir del autocontrol de la administración pública o de la tutela judicial concebida para los litigios entre particulares, y en segundo lugar, la inercia del modelo originario de control judicial, cuyo desarrollo posterior no siguió el ritmo de la evolución dinámica del Derecho Administrativo.

En primer lugar, en cuanto al *origen del control o tutela judicial*, las orientaciones determinantes se tomaron en la segunda mitad del siglo XIX. Mientras que en los territorios alemanes, primero en Baden en 1863, se optó por la creación de tribunales administrativos especiales como parte del Poder Judicial, Francia, que se convertiría en un modelo para muchos países, eligió el camino de seguir desarrollando el sistema de justicia administrativa al margen del Poder Judicial; sin embargo, se concedió al Consejo de Estado, como órgano del Poder Ejecutivo, un poder de decisión independiente en litigios administrativos desde 1872. La justicia administrativa como institución de autocontrol del Ejecutivo, manteniendo formalmente una separación clara entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, tendía naturalmente más hacia una perspectiva de salvaguarda de la legalidad de la administración, es decir, de la integridad del ordenamiento jurídico objetivo; en cambio, los tribunales administrativos en el sistema alemán, como parte del Poder Judicial, estaban más bien orientados a la protección de los derechos del ciudadano recurrente, es decir, a la tutela judicial subjetiva. Por lo que respecta al derecho a la tutela judicial *efectiva*, los sistemas subjetivos podían adaptarse más fácilmente a sus exigencias; sin embargo, el hecho de que en ellos la legitimación para demandar suela estar vinculada a la alegación de la vulneración de derechos indivi-

duales podía dar lugar a “puntos ciegos” en el control administrativo judicial, por ejemplo en la protección del medio ambiente. Estas lagunas sólo pueden eliminarse mediante instrumentos adicionales, por ejemplo, el reconocimiento por ley de la legitimación para demandar de personas o instituciones no afectadas personalmente en determinados ámbitos. En el sistema de autocontrol del Poder Ejecutivo por parte de un Consejo de Estado (y posteriormente por tribunales administrativos como subestructura), la admisión de una demanda, en cambio, no se hace depender de la alegación de la violación de un derecho subjetivo, sino que sólo se requería un interés de actuar (*intérêt à agir*) para activar el control de la legalidad. No obstante, la concentración en el control de la legalidad, que ciertamente también abarca las posiciones jurídicas del individuo, tuvo como consecuencia que la tutela judicial efectiva del individuo pasara a un segundo plano frente a las necesidades de la protección jurídica objetiva. Esto explica, por ejemplo, por qué en varios países se tardó tanto en crear un sistema eficaz de medidas cautelares para los particulares; siempre ha estado presente la cuestión de si y en qué medida se pueden conceder medidas cautelares antes de que se haya aclarado de forma concluyente la legalidad de la actuación administrativa. En cambio, en los sistemas en los que la tutela judicial frente a la administración pública se desarrollaba dentro de las estructuras de tutela judicial aplicables a los litigios entre particulares, como en los Estados del *common law* en particular, esto no suponía ningún problema. Sin embargo, faltaban allí otros mecanismos específicos que pudieran contribuir a un control administrativo eficaz. Esto se aplica, por ejemplo, al no reconocimiento del principio de investigación judicial de oficio (*inquisitorial principle*), que, debido a la asimetría de información existente con frecuencia entre los particulares y la administración, suele ser necesario para aclarar los hechos subyacentes al control de legalidad. La mayoría de los sistemas que prescindían de una jurisdicción administrativa especial (sistemas monistas) han desarrollado posteriormente normas procesales especiales para los litigios administrativos.

En segundo lugar, en lo que respecta a la inercia de las estructuras del control judicial frente a un Derecho Administrativo rápidamente evolucionando y con nuevas exigencias, ésta se manifestaba en la larga adhesión a las estructuras procesales desarrolladas en el si-

glo XIX. De acuerdo con la concepción liberal del Estado, la atención se centró mucho tiempo casi exclusivamente en la defensa contra las injerencias ilegales y su anulación. La acción típica era la acción de anulación, que también subyace en el *recours pour excès de pouvoir* francés. En la medida en que los servicios de interés general y la dimensión prestacional del Estado se ampliaron y, por tanto, además de la administración de la intervención, la administración prestacional configuró cada vez más la actuación del Estado, el carácter casatorio (de anulación) de las sentencias de los tribunales administrativos ya no podía responder a las nuevas necesidades de la tutela judicial. En particular, algunos países han carecido durante mucho tiempo de instrumentos eficaces para contrarrestar la inacción administrativa. Además, en el signo del emergente Estado de Derecho social y ecológico, la cuestión de la ampliación del control administrativo judicial en favor de la protección de los bienes colectivos está ganando atención en la actualidad. En el centro está la cuestión de la admisibilidad de los recursos interpuestos por asociaciones que invocan intereses colectivos. Una ampliación del *status activus* de los ciudadanos que se organizan en asociaciones se reconoce como un posible instrumento para contrarrestar déficits estructurales de aplicación del Derecho en ámbitos como la protección del medio ambiente. Tanto el Convenio de Aarhus de 1998 como el Acuerdo de Escazú de 2018 abordan esta cuestión.

En el contexto del desarrollo señalado, el Código Modelo Euroamericano de la Jurisdicción Administrativa que se comenta en la obra presente se ha propuesto identificar los elementos esenciales para la realización de una tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta los logros de los sistemas jurídicos latinoamericanos y europeos. En aras de una tutela judicial completa y rápida, ha hecho especial hincapié en la cobertura de las más diversas pretensiones de protección judicial y en la provisión de medidas cautelares correspondientes. El Código es fruto de las reuniones anuales de juristas de Argentina, Bolivia, Alemania, Francia, Italia, Colombia, España y Venezuela, que tuvieron lugar entre 2006 y 2010. En los debates, a menudo muy animados, no sólo se tuvieron en cuenta las exigencias y soluciones de tutela judicial en los países latinoamericanos y europeos a nivel nacional, sino también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por un lado, el objetivo



no era basarse en el nivel mínimo común de protección que subyace en los sistemas jurídicos comparados, sino incluir soluciones pioneras que hasta ahora sólo se han llevado a cabo en uno o unos pocos países. Por otro lado, el Código Modelo no debía establecer exigencias máximas cuya realización plantearía dificultades insuperables en la práctica para la mayoría de los Estados. El resultado es un texto manejable que puede servir de orientación a los legisladores nacionales que quieran reformar su Derecho Procesal existente o (re)elaborar un código de la jurisdicción administrativa. El Código Modelo se publicó en inglés, francés, alemán, italiano, portugués y español en 2014. En el transcurso de los debates sobre la reforma de la tutela judicial en Hungría, el texto también se tradujo al húngaro en 2015.

El continuo interés por el Código Modelo ha llevado a los editores, los profesores Pedro Aberastury y Ricardo Perlingeiro, a hacer realidad la intención, ya prevista en el momento de la finalización del Código, de presentar un comentario sistemático a sus artículos. En el presente volumen, en el que están representados la mayoría de los académicos que contribuyeron a la redacción del Código Modelo, se explican los artículos en relación con los aspectos de Derecho Comparado y Derecho Internacional. Dada la procedencia de los autores de diferentes culturas y sistemas jurídicos, los comentarios dan cuenta –además del resultado elaborado conjuntamente– de la percepción particular del respectivo autor. Esto también pone de manifiesto la riqueza de las perspectivas implicadas. En este sentido, el presente comentario sistemático sobre el Código Modelo difiere de los correspondientes comentarios sistemáticos relativos a las leyes nacionales, que suelen ser redactados por juristas socializados en el mismo sistema jurídico.

Es de esperar que, de acuerdo con la intención de los editores y autores, esta obra estimule el discurso jurídico comparado y constituya así un elemento más en el desarrollo de una ciencia jurídica transnacional. Los dos editores de la obra merecen un gran agradecimiento por su valiosa iniciativa.

Speyer, febrero de 2022

KARL-PETER SOMMERMANN



## PREFACIO

El Código Modelo Euroamericano de la Jurisdicción Administrativa fue elaborado durante el transcurso de tres seminarios europeo-latinoamericanos de investigación denominados *Código Modelo de Jurisdição Administrativa*, organizados por el Grupo de Pesquisa *Efetividade da Jurisdição*, en forma conjunta entre la Universidad Federal Fluminense, Niterói (Brasil), y la Universidad Alemana de Ciencias de la Administración Pública, Speyer (Alemania), a partir del año 2006. El texto final fue aprobado en el III Seminario, que tuvo lugar en septiembre de 2010 en Niterói.

Participaron en la elaboración Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Gabriele Bottino, David Capitant, Jesús María Casal, Diana-Urania Galetta, Ricardo García Macho, Leonardo Greco, Lorena Ossio, Gilles Pellissier, Ricardo Perlingeiro, Consuelo Sarría Olcos y Karl-Peter Sommermann.

El Código fue publicado en las versiones en alemán, español, francés, inglés, italiano y portugués, en el año 2014, por Editora de la UFF –Niterói– y puede ser consultado en SSRN (<http://ssrn.com/abstract=2441582>).

Hemos advertido que las conclusiones arribadas en el año 2010 permanecen en plena vigencia, por lo que resolvimos que, como un nuevo trabajo del Derecho Administrativo Comparado, era conveniente que se hiciera una versión comentada del mismo.

El Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a través de su directora –profesora Mary Beloff–, ha posibilitado su publicación. También, a través del Centro de Ciencias Judiciales (*Núcleo de Ciências do Poder Judiciário*).

*rio-Nupej*) de la Universidad Federal Fluminense se publica esta obra en idioma portugués.

Asimismo, agradecemos a Rubinzal-Culzoni editores por el cuidadoso trabajo de edición que ha tenido la obra, que se encuentra disponible en la web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/>).

Queremos expresar nuestro mayor agradecimiento a todos los profesores que han colaborado en la edición del Código Modelo Euroamericano de la Jurisdicción Administrativa comentado, ya que se trata de una tarea que permitirá conocer los distintos tratamientos de cada uno de los temas que integran el Derecho Procesal Administrativo que, como ha puesto de relevancia el profesor Sommermann en su presentación, se encuentra enteramente vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva que hoy no se discute ya que se trata de un pilar del reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Consideramos que, de esta manera, hemos podido culminar el ciclo iniciado en el año 2006 y tenemos el convencimiento de que el estudio del Derecho Administrativo en un plano comparativo posibilitará una mayor defensa de los derechos humanos.

Buenos Aires-Niterói/Río de Janeiro, febrero de 2022

PEDRO ABERASTURY – RICARDO PERLINGEIRO

# CÓDIGO MODELO EUROAMERICANO DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

## TÍTULO I

### FINALIDAD Y ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

#### CAPÍTULO I

#### FINALIDAD Y PRETENSIONES ADMISIBLES\*

**Art. 1º** *Finalidad de la jurisdicción administrativa:*

- (1) **La jurisdicción administrativa tiene la misión de controlar la legalidad de la actuación administrativa y de proteger y hacer efectivos los derechos subjetivos e intereses legítimos.**
- (2) **Por actuación administrativa se entiende toda acción u omisión de personas u órganos públicos en el ejercicio de una función administrativa o de personas u órganos privados en el ejercicio de potestades públicas.**

Como disposición de apertura del Código, el artículo 1º destaca los objetivos (1) y el alcance material del control (2) de la jurisdicción administrativa. Las demás disposiciones del Código deben interpretarse a la luz de estos objetivos (3).

#### **1. La misión de la jurisdicción administrativa**

Los autores del Código han optado por combinar la finalidad de un control judicial de la legalidad de la actuación administrativa con

\* Arts. 1º comentado por KARL-PETER SOMMERMANN y 2º por DOMINIQUE CUSTOS.

el mandato de proteger los derechos subjetivos y los intereses legítimos, sintetizando así el paradigma “objetivo” y el paradigma “subjetivo”, tradicionalmente asignados a dos modelos diferentes. Al mismo tiempo, la distinción entre demandas de partes interesadas o demandas de partes violadas en sus derechos pierde su carácter mutuamente excluyente. Como se sabe, en los sistemas llamados “objetivos” el tribunal actúa principalmente para proteger la integridad del orden jurídico objetivo a petición de un ciudadano que puede demostrar un interés material o inmaterial, mientras que en los sistemas “subjetivos” el tribunal actúa para proteger los derechos subjetivos a petición de una persona que puede alegar la violación de un derecho individual. Se puede decir que, en el primer caso, el ciudadano interesado está movilizado para el cumplimiento de la ley<sup>1</sup>.

Por supuesto, no hace falta subrayar que en cada sistema, al menos como efecto secundario, también se incluía el otro objetivo: el control objetivo de la legalidad producía al mismo tiempo una protección de los derechos individuales<sup>2</sup>, y en el marco de la tutela jurídica subjetiva, también debía aclararse la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa<sup>3</sup>. En los sistemas objetivos, sin embargo, las medidas cautelares, es decir la tutela de urgencia, quedaron débilmente desarrolladas durante mucho tiempo, ya que no se trataba principalmente de proteger los derechos del individuo, sino de la cuestión de la legalidad, que sólo podía aclararse finalmente en el procedimiento principal.

<sup>1</sup> MASING, Johannes, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

<sup>2</sup> En este sentido, el comisario del gobierno (*Commissaire du Gouvernement*) Léon Aucoc escribió ya en 1867, en sus conclusiones relativas al caso “Bizet”, acerca de la instauración del *recours pour excès de pouvoirs* por parte del *Conseil d'État*: “...vous avez, depuis 1852, notablement élargi la voie ouverte par vos prédécesseurs et la jeune génération du Conseil vous a suivi avec empressement dans cette voie, parce qu'elle y a trouvé à la fois une précieuse garantie pour les droits des citoyens et une véritable sauvegarde des intérêts essentiels du gouvernement” (citado en MELLERAY, Fabrice, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, Paris, 2001, p. 368).

<sup>3</sup> Cf. el artículo 113.1, 1ª frase del Código de la Jurisdicción Administrativa de Alemania (BGBl. 1960 I, p. 17): “En la medida en que el acto administrativo sea ilegal y con ello se vulneren los derechos del demandante, el tribunal anulará el acto administrativo...”

El Código Modelo sigue pues una tendencia a la subjetivización, es decir, a centrarse en la protección del individuo, que se viene observando desde los años 90. En Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a los artículos 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup> fue un factor impulsor<sup>5</sup>; en América Latina, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos<sup>6</sup>. La convergencia de los ordenamientos jurídicos en materia de control judicial de la administración pública no sólo se está impulsando en los países cuyas Constituciones contienen una garantía explícita de tutela judicial tanto de los intereses como de los derechos subjetivos<sup>7</sup>. Los países que han seguido durante mucho tiempo alternativamente al paradigma objetivo o al paradigma subjetivo también están avanzando hacia una reconciliación de los dos

<sup>4</sup> Cf. en particular las sentencias “Kudla c/Polonia” de 26-10-2000 (30210/96, Nº 156, Rep. 2000-XI), notas margs. 146 y ss., así como “Sürmeli c/Alemania” de 8-6-2006 (75529/01, Nº 80, Rep. 2006-VII), notas margs. 97 y ss., 128 y ss.

<sup>5</sup> Igualmente, cabe mencionar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (posteriormente: Unión Europea), que preparó la inclusión del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47).

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, las sentencias “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá” de 2-2-2001, Serie C, Nº 72, notas margs. 137 y ss., así como “Yvone Neptune vs. Haití” de 6-5-2008, Serie C, Nº 180, notas margs. 77 y ss.; cf. también PERLINGEIRO, Ricardo, *Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, en SOMMERMANN, Karl-Peter y SCHAFFARZIK, Bert (eds.), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, Springer, Berlin, 2019, vol. 2, ps. 1693, 1722 y ss.

<sup>7</sup> Cf. ya el art. 24.1 de la Constitución de Italia de 1947, donde sin embargo –a diferencia de los países mencionados a continuación– la distinción entre intereses legítimos y derechos procesales conlleva una separación con respecto a la jurisdicción competente; las reformas de 2000 y 2010 han mitigado esta división, pero no la han superado, cf. el artículo 7º del *Codice del Processo Amministrativo* (decreto legislativo 140 de 2-7-2010, *Gazzetta Ufficiale*, Nº 156, *Suppl. ordinario*).

Por lo demás, cf. art. 49.3 de la Constitución costarricense de 1949 (desde la reforma constitucional de 1963), art. 20.1 de la Constitución griega de 1975, art. 24.1 de la Constitución española de 1978, art. 21.1 de la Constitución de Cabo Verde de 1980, art. 20 de la Constitución portuguesa de 1976 (desde la reforma constitucional de 1989), art. 26.1 de la Constitución venezolana, art. 115.1 de la Constitución boliviana de 2007, art. 75 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

modelos, ya sea mediante la subjetivización a través de la reinterpretación de la Constitución, como en el caso de Francia<sup>8</sup>, y reformas del Derecho Procesal ordinario<sup>9</sup>, o mediante una concepción amplia de los derechos subjetivos, como en el caso de Alemania<sup>10</sup>.

### 1.1. *Control de la legalidad de la actuación administrativa*

Un elemento central del Derecho Administrativo, su garantía de eficacia, por así decirlo, es el principio de legalidad. Para hacerlo efectivo en la práctica, debe existir un control de la legalidad, tanto por parte de la propia administración como por parte de organismos externos, especialmente los tribunales (cf. el art. 3.1 del presente Código Modelo), que, a petición de parte, anularán los actos administrativos que no sean conformes a la ley (cf. el art. 42.1 del presente Código Modelo).

El principio de legalidad significa que la actuación administrativa debe llevarse a cabo sobre una base legal y de acuerdo con las leyes. También hay que respetar la jerarquía de las normas. En consecuencia,

<sup>8</sup> En los años 90, el *Conseil constitutionnel* derivó del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 un derecho constitucional a un recurso judicial efectivo (*droit à exercer un recours juridictionnel effectif*), cf. las decisiones 96-373 DC del 9-4-96, 99-416 DC del 23-7-99, 2000-437 DC del 19-12-2000, 2006-540 DC del 27-7-2006. Desde una decisión de 1971, el *Conseil constitutionnel* considera que la Declaración de 1789 forma parte del Derecho Constitucional vigente en virtud de la referencia a la misma que se hace en el *Preámbulo* de la Constitución de 1958, cf. las decisiones 71-44 DC del 16-7-71 y 73-51 DC del 27-12-73. La subjetivización del control judicial de la administración es analizada por MARSCH, Nikolaus, *Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

<sup>9</sup> Ejemplos de ello son: para España la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13-7-98 (BOE, Nº 167); para Francia la *Loi* 2000-597 *relative au référé devant les juridictions administratives* de 30-6-2000 (JORF Nº 151); para Italia la *Legge* 205 de 21-7-2000 (G. U. Nº 173), más tarde el *Codice del Processo Amministrativo* (decreto legislativo 140, v. 2-7-2010, *Gazzetta Ufficiale*, G. U. Nº 156, *Supplemento ordinario*); para Portugal el *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (*Lei* 15/2002 de 22-2-2002, en la versión del *decreto-lei* 214-G/2015 de 2-10-2015, *Diário da República*, Nº 193, 3º Suplemento, Série I); para Costa Rica el Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley 8505 de 26-4-2006, *La Gaceta*, Nº 120).

<sup>10</sup> Véase *infra*, sub. 1.2.



el principio de legalidad incluye no sólo la primacía de la ley, sino también la primacía de la Constitución, que representa, al menos dentro del ordenamiento jurídico interno, el nivel normativo más alto. Los principios constitucionales también deben ser observados en el ejercicio de la discrecionalidad. Por lo tanto, los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad derivado del principio del Estado de Derecho constituyen límites discrecionales. Así lo subraya el artículo 4º del Código Modelo. El principio de proporcionalidad ya es un principio constitucional global que contribuye, como se ha señalado acertadamente, a establecer una cultura de justificación de la actuación del Estado<sup>11</sup>.

En algunos países, el principio de legalidad de la administración incluye también la reserva de la ley parlamentaria. Visto a la luz del principio democrático y del principio del Estado de Derecho, contiene la exigencia de que todas las decisiones “esenciales”, especialmente las regulaciones relativas al ejercicio de los derechos fundamentales, deben ser tomadas por el Poder Legislativo parlamentario. La razón es que en el Parlamento la decisión se toma en un procedimiento deliberativo de varias etapas, es decir en un procedimiento cualificado, por representantes elegidos directamente por las ciudadanas y los ciudadanos. En Alemania, además, el Ejecutivo sólo puede dictar normas sobre la base de una autorización explícita en la ley parlamentaria<sup>12</sup>. En cambio, en los sistemas presidenciales, en los que el jefe del Ejecutivo también es elegido directamente por el pueblo, la reserva de la ley parlamentaria suele ser limitada. Al contrario de lo que ocurre en el sistema de gobierno parlamentario alemán, en general existe un

<sup>11</sup> Sobre el papel del principio de proporcionalidad para el desarrollo de una “cultura de justificación”, cf. COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, véase particularmente p. 155: “...*proportionality has spread since it is intrinsic to what we identified as the emerging global culture of justification. Central to our notion of this culture is the global embracing of a set of constitutional concepts that are based on the notion that the state must justify all of its actions, without exception*”.

<sup>12</sup> Cf. el artículo 80.1 de la Ley Fundamental de 1949: “El Gobierno Federal, un ministro federal o los gobiernos de los *Länder* podrán ser habilitados mediante ley para otorgar decretos. En la ley deberá determinarse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales decretos se mencionará su base legal...”

poder independiente para dictar normas. Éste es también el caso en Francia y Argentina, por ejemplo, donde las Constituciones reservan al Parlamento materias normativas fundamentales, como lo demuestran el artículo 34 de la Constitución francesa de 1958 (que hace referencia a las normas sobre “*les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques, la liberté, le pluralisme et l’indépendance des médias*”) y el artículo 75 de la Constitución argentina de 1994 (que incluye “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución”).

### 1.2. *Protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos*

Al declarar que la protección de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos es el objetivo de la protección del Derecho Administrativo judicial, los artículos 1.2 y 21 del Código Modelo siguen el paradigma de una amplia tutela de los individuos y sus intereses. De este modo, no sólo se cubren las posiciones jurídicas que se designan explícitamente en una norma legal como derechos, sino todo interés material e inmaterial en el que el demandante, a diferencia del público en general, se vea afectado personal y directamente.

Por consiguiente, la legitimación para demandar es igualmente amplia; de acuerdo con el artículo 28 del Código Modelo, el demandante debe invocar una lesión o un riesgo de lesión de un derecho subjetivo o un interés legítimo. Si el demandante es el destinatario de un acto administrativo oneroso, siempre es legitimado, puesto que tal acto significa siempre una injerencia en la libertad personal, es decir, por regla general, en un derecho de libertad. Si uno no es el destinatario de tal acto administrativo, debe identificarse con mayor precisión el derecho o interés legítimo en el que se ve afectado.

Los términos “derecho subjetivo” e “interés legítimo” han surgido de un largo proceso de formación de categorías dogmáticas del Derecho Administrativo que se remonta al siglo XIX y cuyo conocimiento aún hoy ayuda a comprender los términos y su delimitación. Al principio, los debates que se llevaron a cabo principalmente en Alemania y Fran-

cia fueron formativos. La cuestión central era si los derechos subjetivos podían existir en el Derecho Público.

La respuesta a esta pregunta fue controvertida. En Francia, el debate giraba en torno a la doctrina civilista alemana, en particular a los conceptos de Bernhard Windscheid, que entendía el derecho subjetivo como un “poder de voluntad” (*Willensmacht*) conferido por el ordenamiento jurídico<sup>13</sup>, y de Rudolf von Ihering, que definía el derecho subjetivo como un “interés jurídicamente protegido”<sup>14</sup>, excluyendo ciertamente los meros reflejos jurídicos beneficiosos. Las posiciones de los autores franceses oscilaron entre el rechazo del concepto de derechos subjetivos (particularmente por parte de Léon Duguit)<sup>15</sup> y el reconocimiento de un derecho subjetivo general de los ciudadanos a un comportamiento legal de la administración (por parte de Roger Bonnard)<sup>16</sup>; no obstante, una reclamación popular desvinculada de la existencia de un interés personal debería quedar excluida.

En Alemania, fue la doctrina de los derechos públicos subjetivos desarrollada por Otto von Sarwey<sup>17</sup>, Georg Jellinek<sup>18</sup> y, sobre todo, Ottmar Bühler<sup>19</sup>, la que tuvo una influencia decisiva en el desarrollo

<sup>13</sup> WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Buddeus, Düsseldorf, 1862, vol. 1, § 37 (p. 81), § 227 (p. 590).

<sup>14</sup> V. IHERING, Rudolf, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Dritter Theil, Erste Abt., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1865, § 61 (p. 327).

<sup>15</sup> DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Fontemoing, Paris, 1921, vol. 1, ps. 179-210; Duguit aborda en particular a Windscheid, Ihering y las opiniones que median entre ellos, al final escribe, p. 210: “*Toutes ces hésitations, ces troubles, ces controverses, ces distinctions subtiles et artificielles, tout cela disparaît si l'on débarrasse enfin le monde du droit de cette notion artificielle et fausse de droit subjectif*”.

<sup>16</sup> BONNARD, Roger, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de Droit Administratif Comparé*, Delagrave, Paris, 1934, ps. 66 y ss. (p. 66: “...il existe un droit subjectif à la légalité des actes comme il existe un droit subjectif aux exécutions matérielles”).

<sup>17</sup> Cf. V. SARWEY, Otto, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Laupp, Tübingen, 1880.

<sup>18</sup> JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Freiburg, 1892.

<sup>19</sup> BÜHLER, Ottmar, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtspflege*, Kohlhammer, Berlin, 1914, S. 42 ff.

del control judicial de la administración pública. Para responder a la pregunta de cómo identificar los derechos públicos subjetivos, ha prevalecido hasta hoy la llamada teoría de la norma protectora (*Schutznormtheorie*)<sup>20</sup>. Según esta concepción, no es necesario para el reconocimiento de un derecho subjetivo que una norma jurídica enuncie explícitamente una pretensión. Lo decisivo es que “la norma jurídica en cuestión está destinada a servir no sólo al interés público, sino también, al menos, a intereses individuales”<sup>21</sup>.

Para la admisibilidad de una demanda, esto significa que el demandante no es necesariamente el destinatario de un acto administrativo oneroso o puede invocar una norma que otorgue expresamente un derecho subjetivo. Es suficiente con que se haga valer la violación de una norma denominada de protección de terceros si se pertenece al círculo de personas cuya protección pretende la norma. En consecuencia, en el Derecho alemán, derechos subjetivos se derivan de normas jurídicas objetivas que (al menos también) tienen por objeto proteger los intereses de un grupo definible de personas (*Schutznormtheorie* –teoría de la norma protectora–). Así, por ejemplo, las normas sobre la estabilidad de un edificio o sobre las distancias entre dos edificios dan lugar a derechos públicos subjetivos y, por tanto, a una legitimación de los vecinos para recurrir. En el Derecho francés, como en muchos otros ordenamientos jurídicos, el establecimiento de un *intérêt à agir* correspondiente no requiere la construcción de un derecho público subjetivo, sino simplemente la alegación de un interés personal directo en la observancia de las normas correspondientes, lo que es obvio en

<sup>20</sup> Cf. BAUER, Hartmut, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, ps. 140 y ss. Sobre la necesidad de seguir desarrollando la dogmática de los derechos públicos subjetivos cf. BAUER, Hartmut, *Über öffentliche Rechte*, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2021, ps. 181-193.

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 17-12-69, 2 BvR 23/65, BVerfGE 27, 297, 307; posteriormente Tribunal Federal Administrativo, sentencia del 25-2-77, IV C 22.75, BVerwGE 52, 122, 128; la definición de Bühler (supra nota 19), p. 224, rezaba: “El Derecho Público subjetivo es aquella posición jurídica del sujeto frente al Estado en la que puede exigir algo al Estado o puede hacer algo frente al Estado sobre la base de un negocio jurídico o de una norma jurídica imperativa adoptada para la protección de sus intereses individuales y que debe poder invocar frente a la administración”.

el caso de los vecinos aquí abordados. En la mayoría de los sistemas jurídicos, se trata de “intereses legítimos”<sup>22</sup>, que por tanto tienen una considerable intersección con los intereses públicos subjetivos en el sentido de la teoría de la norma protectora.

En resumen, los límites entre los intereses legítimos y los derechos subjetivos, en la medida en que se entienden en el sentido de la teoría de la norma protectora, son difusos. En la práctica, la cuestión de si el demandante hace valer un derecho subjetivo o un interés legítimo puede dejarse abierta en lo que respecta a la admisibilidad de la demanda, siempre que el respectivo ordenamiento jurídico nacional no prevea –como en el caso de Italia– vías jurisdiccionales diferentes para las demandas dirigidas a hacer valer un derecho subjetivo o las basadas en un interés legítimo<sup>23</sup>.

### 1.3. Tutela judicial efectiva

Cuando el artículo 1.1 del Código Modelo habla de “hacer efectivos los derechos subjetivos e intereses legítimos” invoca el principio de la efectividad de la tutela judicial, a la que recoge explícitamente el artículo 21 del Código Modelo (“tutela judicial efectiva”). Este principio rector del control judicial está hoy en día reconocido por muchos Estados al nivel constitucional. La fórmula se utiliza explícitamente en el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado en repetidas ocasiones con respecto a la garantía a una tutela judicial del artículo 19.4 de la Ley Fundamental de 1949 que esta disposición no sólo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de recurrir a los tribunales, sino que

<sup>22</sup> El Tribunal Constitucional español ha circunscrito el interés legítimo –similar al concepto francés de *intérêt à agir*– como interés “propio, cualificado o específico”, cf. la sentencia 257/1988 del 22-12-88 (BOE, Nº 19, del 23-1-89), sub. 2.3: “Ahora bien, este Tribunal ha precisado que la expresión ‘interés legítimo’ utilizada en nuestra Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de ‘interés directo’, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico”.

<sup>23</sup> Cf. FRAENKEL-HAEBERLE, Cristina y GALETTA, Diana-Urania, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien*, en V. BOGDANDY, Armin; HUBER, Peter M. y MARCUSSON, Lena (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, C. F. Müller, Heidelberg, 2019, vol. VIII, § 131, ps. 269, 278 y ss.

también confiere un derecho sustancial a un control judicial realmente efectivo<sup>24</sup>. Ha subrayado reiteradamente que una tutela efectiva significa, en particular, una tutela judicial en un plazo razonable, de modo que se excluyan, en la medida de lo posible, decisiones irreparables<sup>25</sup>.

El derecho a una tutela judicial efectiva es también “un instrumento de acceso a un tribunal de justicia, independiente e imparcial”<sup>26</sup>. Además de la exigencia central de independencia e imparcialidad de los jueces contemplada en los artículos 6º a 12 del Código Modelo, incluye varios otros elementos, entre ellos, por ejemplo, la obligación de los tribunales de investigar los hechos de oficio, especialmente si esto es difícil para el demandante debido a la ventaja informativa de la administración; el artículo 23 del Código Modelo lo toma en cuenta. Las demás consecuencias concretas del principio de tutela judicial efectiva se tratan en el siguiente apartado, bajo el criterio rector de la plenitud del control judicial.

## 2. La plenitud de la tutela judicial

El artículo 1.2 del Código Modelo señala el comportamiento de la administración pública que está sujeto al control judicial. Deja claro que la tutela judicial debe ser completa. A continuación, se aborda la plenitud de la tutela en cuanto a los ámbitos de actuación de la administración (plenitud *ratione materiae*), sus formas de actuación (plenitud *ratione modi agendi*) y su cobertura en el tiempo (plenitud *ratione temporis*).

### 2.1. La plenitud de la tutela judicial “*ratione materiae*”

La formulación en el artículo 1.2 que entiende por actuación administrativa “toda acción u omisión” indica que el control judicial

<sup>24</sup> Cf. de las sentencias pertinentes en la recopilación oficial: BVerfGE 35, 263, 274; 37, 150, 153; 46, 166, 178; 49, 329, 340 y ss.; 65, 1, 70; 77, 275, 284.

<sup>25</sup> Cf., por ejemplo, la sentencia del 15-12-83, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 483/83, BVerfGE 65, 1, 70 (con más referencias).

<sup>26</sup> ABERASTURY, Pedro, *La influencia del Derecho Procesal Administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al Derecho Administrativo argentino*, en ABERASTURY, Pedro et al., *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, KAS, Berlín/México, 2009, ps. 57, 64.

debe extenderse al comportamiento de la administración en todos los ámbitos de la administración pública. El Código adopta así el enfoque de abrir el acceso a los tribunales en todos los asuntos de Derecho Administrativo. A esto corresponden, a nivel nacional, las cláusulas generales que abren la vía de los recursos judiciales en todos los litigios de Derecho Público<sup>27</sup>.

En los primeros tiempos de la jurisdicción administrativa, a menudo hasta muy avanzado el siglo XX, las competencias de los tribunales administrativos solían estar enumeradas detalladamente por ley (principio enumerativo)<sup>28</sup>. En la medida en que esto no cubría determinadas materias y otra jurisdicción no era competente al mismo tiempo, los ciudadanos quedaban sin tutela judicial. Por lo tanto, en los sistemas que toman en serio la garantía de la tutela judicial, ha prevalecido la apertura de procesos judiciales a través de una cláusula general. En Portugal, el *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*<sup>29</sup> sí opta por la técnica enumerativa en su artículo 2º; sin embargo, las competencias enumeradas son tan amplias que es difícilmente concebible que quede un vacío en la tutela judicial.

## 2.2. La plenitud de la tutela judicial “*ratione modi agendi*”

Al referirse a toda acción u omisión de personas u órganos públicos en el ejercicio de una función administrativa o de personas u órganos

<sup>27</sup> Cf. el artículo 40.1, 1ª frase del Código de la Jurisdicción Administrativa de Alemania: “Los tribunales administrativos serán competentes en todos los litigios de Derecho Público [...] salvo que la ley federal asigne explícitamente los litigios a otro tribunal”. Cf. también el artículo 1.1 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica (supra nota 9) y la explicación del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución 53-2010 del 19-2-2010 (recogido en Procuraduría General de la República [ed.], *Código Procesal Contencioso-Administrativo con extractos de resoluciones*, San José, 2011, ps. 10 y s.): “...la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera es clara y uniforme en punto que las normas que regulan el acceso a la jurisdicción, deben interpretarse y aplicarse en el sentido que mejor favorezca la realización del derecho a la tutela judicial...”

<sup>28</sup> Cf. SOMMERMANN, Karl-Peter, *Entwicklungspfade europäischer Verwaltungsgerichtsbarkeit*, en SOMMERMANN y SCHAFFARZIK (eds.), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa* cit., vol. 2, ps. 1735, 1742 y ss.

<sup>29</sup> Véase supra, nota 9.

privados en el ejercicio de potestades públicas, el Código Modelo garantiza que se conceda tutela judicial en relación con todo tipo de ejercicio de poder público o, por utilizar una frase del legislador español, que se obtenga “justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la administración”<sup>30</sup>. También contempla la delegación de poderes públicos en personas privadas, como los capitanes de barco, lo que requiere, en un Estado de Derecho, una base legal.

En la mayoría de los países europeos, una de las deficiencias del control judicial de la administración fue durante mucho tiempo que sólo las decisiones de la administración (los actos administrativos ya emitidos) podían ser objeto de una demanda judicial. Por lo general, faltaban instrumentos procesales eficaces contra la inactividad u otras formas de actuación de la administración pública. En particular, los sistemas influenciados por el modelo francés, aparte del *contentieux de pleine juridiction* aplicable en el ámbito del Derecho contractual y de la responsabilidad del Estado, sólo conocieron esencialmente un *recours pour excès de pouvoir* dirigido a la anulación de un acto administrativo. En España, a propósito de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956<sup>31</sup>, se habló del “carácter revisor” del control judicial<sup>32</sup>. Para poder conceder tutela judicial incluso en los casos de inactividad administrativa, los tribunales han tenido que recurrir a la figura del silencio administrativo, según la cual el silencio en respuesta a una solicitud, una vez transcurrido un determinado plazo, debe considerarse como una decisión negativa (que puede ser impugnada mediante un recurso de anulación), y en casos excepcionales previstos por la ley incluso como una decisión positiva.

Sin embargo, desde el momento en que el Derecho Procesal prevé la posibilidad de que el tribunal puede condenar a la autoridad administrativa que tome una decisión, que haga una prestación u otra medida, o que se abstenga de hacer algo, la figura jurídica del silencio admi-

<sup>30</sup> Exposición de Motivos (sub. V) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (supra nota 9).

<sup>31</sup> BOE, Nº 363, de 28-12-56.

<sup>32</sup> Cf. GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 3, *La justicia administrativa*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 197.



nistrativo pierde importancia. No obstante, en algunos países se sigue manteniendo o desarrollando con el fin de agilizar los procedimientos<sup>33</sup>, en los Estados miembros de la Unión Europea también bajo la influencia de la Directiva de Servicios<sup>34</sup>.

El Código Modelo abre todas las posibilidades de una acción judicial efectiva y los correspondientes poderes de decisión de los tribunales ante cualquier conducta ilegal de la administración (véanse los arts. 2º y 42).

### 2.3. *La plenitud de la tutela judicial “ratione temporis”*

Como ya se ha señalado<sup>35</sup>, la tutela judicial sólo es eficaz si llega a tiempo. Una vez que se hayan creado los hechos consumados, en el mejor de los casos queda una tutela judicial secundaria en forma de una demanda de indemnización. Por lo tanto, para que se cumplan los requisitos de la garantía de una tutela judicial efectiva, el legislador debe crear las condiciones para una protección jurídica de urgencia (provisional) que realmente funcione en la práctica. Ante todo, la tutela judicial provisional debe ser congruente con las posibilidades de la demanda judicial. Esto significa que debe tener en cuenta tanto las situaciones en las que se impugna una decisión administrativa como las situaciones en las que se debe obligar a la administración a hacer algo (emitir un acto administrativo u otra actuación) o a abstenerse de hacer algo. Es obvio que las medidas cautelares pueden entrar en conflicto con una anticipación no deseada del proceso principal<sup>36</sup>. A

<sup>33</sup> Véase, en el caso de Francia, el artículo 21 de la Ley 2000-321, “*relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*” de 12-4-2000 (JORF Nº 88): “...*le silence gardé pendant plus de deux mois par l’autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet...*” La Ley 2013-1005 de 12-11-2013 (JORF Nº 263) transformó entonces la ficción de la denegación como regla en una ficción de una autorización: “*Le silence gardé pendant deux mois par l’autorité administrative sur une demande vaut décision d’acceptation*”.

<sup>34</sup> Cf. artículo 13.4 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12-12-2006, relativo a los servicios en el mercado interior (DOUE L 376, de 27-12-2006, p. 36).

<sup>35</sup> Supra, sub. 1.3.

<sup>36</sup> Acerca del “dogma de la prohibición de anticipar la resolución de fondo” (*Dogma vom Vorwegnahmeverbot*), cf. de las publicaciones en español BACIGALUPO, Ma-

este respecto, los tribunales deben ponderar los intereses de las partes, teniendo en cuenta la necesidad de una tutela judicial efectiva. Excepcionalmente, esto puede dar lugar a una anticipación del proceso principal. Esto será más fácil para aquellos sistemas jurídicos que conocen procedimientos acelerados principales, por ejemplo, para la defensa de determinados derechos fundamentales.

El artículo 45.1 del Código Modelo prevé amplias posibilidades de adoptar medidas cautelares. Sobre la base de esta disposición, el tribunal no sólo puede suspender decisiones administrativas u ordenar la ejecución de un acto, sino que también puede conceder una tutela judicial preventiva si existe la amenaza de que se tome una medida administrativa que pueda vulnerar los derechos o intereses del demandante. De este modo, el Código sigue a aquellas normativas nacionales que quieren conseguir una tutela judicial completa incluso en el tiempo<sup>37</sup>. Sin embargo, el Código Modelo no ha adoptado el mecanismo del efecto suspensivo automático de los recursos administrativos y de las acciones judiciales en caso de impugnación de una decisión administrativa. Este mecanismo, que forma parte del Derecho Procesal alemán<sup>38</sup>, por ejemplo, también fue rechazado cuando se reformó el Derecho Procesal Administrativo en España en los años noventa<sup>39</sup>.

También se corresponden con estándares internacionales los criterios mencionados en el artículo 45.2 para la concesión de medidas cautelares –el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*–, así como la

riano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, ps. 104, 121.

<sup>37</sup> Cf., por ejemplo, los artículos 19 y 20 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica (supra nota 9), los artículos 80 a 80b y 123 del Código de la Jurisdicción Administrativa de Alemania, el artículo 129 de Ley Reguladora de a Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España (supra nota 9) y el artículo 112 del *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* de Portugal (supra nota 9).

<sup>38</sup> Cf. el artículo 80.1, 1ª frase del Código de la Jurisdicción Administrativa de Alemania: “El recurso administrativo y la acción judicial de impugnación tienen efecto suspensivo”. A continuación, siguen disposiciones que establecen excepciones.

<sup>39</sup> Críticamente al respecto, GARCÍA MACHO, Ricardo, *Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Spanien*, en SOMMERMANN y SCHAFFARZIK (eds.), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa* cit., vol. 2, ps. 1465, 1488.

supervisión judicial del cumplimiento de la sentencia judicial prevista en los artículos 57 a 59. Esta supervisión es crucial para asegurar una protección eficaz en la fase final. Por supuesto, la aplicación coherente en la práctica de los instrumentos mencionados presupone que los tribunales dispongan de los recursos materiales y personales adecuados.

### 3. Conclusiones

El derecho a una tutela judicial efectiva del individuo frente a la administración, que es la base del presente Código Modelo, está hoy consensuado, al menos, en las democracias liberales<sup>40</sup>. Aunque en las últimas décadas se ha avanzado considerablemente en la realización de este derecho en muchos Estados, no siempre se extraen todas las consecuencias necesarias. Este Código Modelo pretende aclarar estas consecuencias mediante propuestas normativas concretas. En la continuación de la lectura de las disposiciones del Código Modelo, debe tenerse siempre presente que han de interpretarse con vistas a garantizar una tutela judicial efectiva. Esto se aplica tanto a la admisibilidad de las distintas pretensiones y al otorgamiento de medidas cautelares como a los principios procesales y al principio inquisitivo (aclaración de los hechos por el juez de oficio) o a las medidas necesarias para la ejecución de la decisión judicial.

El control de la legalidad de la actuación administrativa sigue siendo fundamental incluso en un sistema orientado a la protección individual. Siempre abarca ambos aspectos: la protección del individuo contra la actuación administrativa ilegal en un caso individual, así como la salvaguarda estructural del Estado de Derecho que protege la libertad<sup>41</sup>. No es necesario decir que una buena normativa legal no puede garantizar por sí sola el Estado de Derecho, sino que tiene que

<sup>40</sup> En el mismo sentido, desde una perspectiva francesa, PLESSIX, Benoît, *Droit Administratif général*, 2ª ed., LexisNexis, Paris, 2018, p. 1340.

<sup>41</sup> Eduardo García de Enterría subraya que esta dualidad estaba ya en el origen del desarrollo del Derecho Administrativo: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989, p. 37: “Del cruce de esos dos principios, legalidad de la administración y posición del ciudadano como sujeto de derecho y libertades, surgió el Derecho Administrativo”.

ir acompañada de una cultura del Estado de Derecho<sup>42</sup> que debe desarrollarse y probarse en la práctica.

**Art. 2º Pretensiones del demandante:**

- (1) **Para este fin la jurisdicción administrativa decide especialmente sobre las siguientes pretensiones:**
  - a) **anulatoria;**
  - b) **condenatoria de hacer;**
  - c) **condenatoria de no hacer;**
  - d) **declarativa.**
- (2) **La pretensión condenatoria de hacer incluye la condenatoria de dar una cosa y la de pagar una cantidad determinada.**

El deseo de los redactores del Código Modelo Euroamericano de la Jurisdicción Administrativa es proporcionar un estándar de reglas codificadas que garanticen la protección del derecho a un recurso judicial efectivo<sup>43</sup>. Al haber reunido a juristas comparatistas de Europa continental y América Latina, la redacción lleva inevitablemente el sello de los sistemas jurídicos que representan, así como el de la globalización, que impregna cada vez más esos sistemas. Desde el punto de vista de la investigación comparativa, los encuentros euroamericanos, en cuyo contexto se realizó la modelización en la que se basa este artículo 2º, llaman doblemente la atención: en primer lugar, su enfoque transatlántico los distingue del enfoque europeo de las reuniones que dieron lugar al modelo ReNEUAL para la codificación del procedimiento administrativo de la Unión Europea<sup>44</sup>. En segundo lugar, su carácter transatlántico no se debe al hecho de haber reunido a europeos continentales y no continentales, por un lado, y norteamericanos, por otro. Se debe a que reunieron a europeos continentales e iberoa-

<sup>42</sup> Cf. NICOLAIDIS, Kalypso y KLEINFELD, Rachel, *Rethinking Europe's "Rule of Law" and Enlargement Agenda: The Fundamental Dilemma* (SIGMA Paper Nº 49), OECD, Bruxelles, 2012, p. 20.

<sup>43</sup> Art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

<sup>44</sup> HOFMANN, Herwig; SCHNEIDER, Jens-Peter y ZILLER, Jacques, *La codification de la procédure administrative de l'Union européenne*, Bruylant, 2016.

americanos. La mezcla jurídica que se produjo no fue, por tanto, lo que se podría denominar de primer grado, en el sentido de que implicó directamente al Derecho Civil del continente europeo y el *common law* de América del Norte. En realidad, la mezcla así provocada entre estas dos familias jurídicas era de segundo grado o indirecta. Se trata de varios sistemas latinoamericanos que, considerados en su conjunto o individualmente, se ofrecen, sobre todo en el ámbito del Derecho Administrativo, como lugares de encuentro interfamiliar, es decir, entre familias jurídicas. En efecto, la diversidad jurídica iberoamericana se caracteriza por una hibridez tejida por las raíces heredadas del Derecho Civil del período colonial y los aportes del *common law* que acompañan la influencia de los Estados Unidos de América en el período poscolonial. Por lo tanto, la creación de este Código Modelo transatlántico está especialmente dividida entre la familia romano-germánica y la familia del *common law*. El tira y afloja en cuestión no se produce entre las dos familias jurídicas, que se presentarían en un estado más o menos puro. En este caso, se complica por el hecho de que opera entre, por un lado, la familia del Derecho europeo continental y, por otro, un grupo de leyes que a su vez se debaten a menudo entre las dos grandes familias del Derecho occidental. La complejidad resultante de este desmembramiento iberoamericano puede dar una impresión de desorden y un malestar analítico que es necesario disipar y superar para comprender la innovación jurídica que hay detrás. Estas especificidades de la modelización jurídica que nos ocupa constituyen a la vez el interés y las dificultades de esta última.

Por supuesto, como con cualquier modelización, la adecuación a los datos en cuestión es una garantía de utilidad, atractivo y, en última instancia, de éxito. En el presente caso, en particular, los términos utilizados y la disposición de las categorías jurídicas conservadas deben ser suficientemente maleables para adaptarse a los diferentes sistemas del área transatlántica en cuestión. Sin embargo, todos estos sistemas están en movimiento, afectados por la globalización y, en el caso de los sistemas latinoamericanos, por un proceso preexistente de síntesis de las culturas jurídicas.

El artículo 2º del Código Modelo da testimonio de este imperativo de acomodamiento. Forma parte del primer título, *Finalidad y alcance*

*de la jurisdicción administrativa.* Más exactamente, aparece en el primer capítulo de este último, dedicado al objeto de la justicia administrativa y a los recursos a los que se hace referencia. Mientras que el primer artículo afirma un enfoque tanto objetivo como subjetivo de la justicia administrativa, el segundo artículo que se va a comentar especifica los tipos de demandas que puede conocer “el tribunal administrativo”.

Conviene considerar primero lo que puede abarcar el “tribunal administrativo”, antes de examinar los tipos de acciones.

## **1. La jurisdicción administrativa de qué se trata**

Teniendo en cuenta el destino del modelo, la referencia a la “jurisdicción administrativa” puede entenderse al menos de dos maneras. Para preservar la utilidad del Código Modelo, el significado funcional es necesario en vista de las implicaciones de la acepción estricta.

### *1.1. La acepción funcional*

En sentido estricto, la “jurisdicción administrativa” en cuestión se trata de la jurisdicción especializada dentro de un sistema judicial administrativo independiente, tanto si la Corte Suprema administrativa sea<sup>45</sup> o no<sup>46</sup> por otro lado asesor jurídico de otros poderes del Estado, o que se trate de una única Corte Suprema con una sala administrativa<sup>47</sup>. Esta estrecha definición permite abarcar una gran parte de la Europa continental. Por el contrario, deja fuera a los pocos países europeos que practican el monismo judicial, como Dinamarca, Noruega, el Reino Unido e Irlanda. En el caso de América Latina, donde el dualismo jurisdiccional es minoritario<sup>48</sup>, la estrechez de tal acepción compromete

<sup>45</sup> Bélgica (desde 1946), Finlandia, Francia, Grecia, Italia y Países Bajos. Luxemburgo estuvo en esta categoría desde 1856 hasta 1996. En América Latina, sólo Colombia.

<sup>46</sup> Alemania, Austria, Bulgaria, Luxemburgo desde 1996, Lituania, Polonia, Portugal, Suecia y República Checa.

<sup>47</sup> El modelo español.

<sup>48</sup> Los países afectados son Colombia, República Dominicana, Guatemala y Uruguay. CASSAGNE, Juan Carlos, *La justicia administrativa en Iberoamérica*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo*, N° 3, 2005; PERLINGEIRO, Ricardo, A

la utilidad de esta disposición modelo. Por lo tanto, para que se aplique ampliamente, es conveniente adoptar un significado amplio, es decir, funcional. Este amplio enfoque es, por otra parte, el adoptado implícitamente por la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ) cuando se ocupa de la justicia administrativa<sup>49</sup> o por la Asociación Internacional de Jurisdicciones Administrativas Supremas (AIHJA) cuando confiere el estatuto de miembro o de observador<sup>50</sup>.

Si se tiene en cuenta la organización jurisdiccional unitaria mayoritaria en América Latina, la “jurisdicción administrativa” debe entenderse más bien como la jurisdicción que resuelve los litigios administrativos. Así, esta segunda definición permite abarcar la diversidad estructural del poder jurisdiccional entre los países cubiertos por el Código Modelo. Al igual que la primera definición, abarca las jurisdicciones de un orden jurisdiccional administrativo independiente así como las salas administrativas de los tribunales supremos<sup>51</sup>. A diferencia de la primera, también incluye, además, a las que intervienen en un único orden jurisdiccional, ya sea como jurisdicciones especializadas en determinados litigios administrativos o como jurisdicciones del Derecho común que deciden un litigio administrativo<sup>52</sup>.

La adecuación de la definición funcional se confirma especialmente en el caso de la organización jurisdiccional mixta<sup>53</sup> de México. El dualismo jurisdiccional mexicano presenta dos especificidades que hacen que las jurisdicciones judiciales sean frecuentemente jueces de la acción administrativa. Por un lado, convierte a las jurisdicciones co-

*Historical Perspective on Administrative Jurisdiction in Latin America: Continental European Tradition Versus US Influence*, en *British Journal of American Legal Studies*, N° 5, 2016, ps. 241/287.

<sup>49</sup> CEPEJ, *Sistemas judiciales europeos. Eficiencia y calidad de la justicia*, en *Estudios CEPEJ*, N° 26, Ediciones 2018 (datos de 2016), ps. 272-297. Disponible en <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-fr/16808def9d>.

<sup>50</sup> AIHJA cuenta con 86 países, de los cuales 58 son miembros y 28 observadores. Puede visitarse su sitio oficial: <https://www.aihja.org>.

<sup>51</sup> Incluye algunos sistemas judiciales europeos: España, Estonia, Hungría, Letonia, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia y Suiza.

<sup>52</sup> En Europa: Chipre, Dinamarca, Malta, Noruega, pero también Irlanda y el Reino Unido.

<sup>53</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso administrativo*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, ps. 14/15.

legiadas federales (Tribunales Colegiados de Circuito, TCC) o de la Corte Suprema de la Nación de las instancias de revisión de las decisiones del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en el marco de un recurso de amparo judicial (*amparo judicial o directo*)<sup>54</sup> que, en este caso<sup>55</sup>, actúa como un recurso de casación ante una jurisdicción ordinaria, tomando prestado al Derecho español<sup>56</sup> y francés<sup>57</sup>, aunque también puede acercarse al *certiorari* estadounidense. Por otra parte, tolera la concurrencia<sup>58</sup> entre jurisdicciones de distrito y salas del Tribunal Federal de la Justicia Administrativa en materia de control de la legalidad de los actos administrativos, ya que el Tribunal sólo tiene una competencia de atribución. Además, al igual que el Tribunal Supremo español<sup>59</sup>, la Corte Suprema Federal mexicana, que también actúa como tribunal constitucional, tiene una sala administrativa separada de las salas civil, penal y laboral.

En otras palabras, la definición útil de “jurisdicción administrativa” es necesariamente funcional y no textual o formal. La interpretación

<sup>54</sup> Título 3, arts. 158-191 de la Ley de Amparo. Disponible en <https://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-de-amparo/>.

<sup>55</sup> El amparo judicial también se denomina amparo administrativo directo. Se distingue del amparo administrativo indirecto (infra, nota 88). El amparo administrativo directo o de única instancia es el recurso de casación contra la resolución definitiva del tribunal administrativo. El tribunal de justicia sirve como jurisdicción para verificar la correcta aplicación de la ley por parte del tribunal administrativo. Autor no especificado, *El amparo en materia administrativa*, Bibliothéca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Capítulo Tercero, ps. 217 y ss. Disponible en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

<sup>56</sup> DEL RÍO RODRÍGUEZ, Carlos, *Judicial Review Seen from a Mexican Perspective. The Spanish Tradition and the American Influence on Mexico*, en *California Western International Law Journal*, vol. 20, p. 7, 15 (1989).

<sup>57</sup> Arts. 107 III y IV, Constitución mexicana de 1917, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_280521.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf). En un principio, la analogía se refería a los recursos ante el Tribunal de Casación francés. Desde la reforma de 1987, que instituyó un nivel de tribunales administrativos de apelación en Francia, se puede establecer con el Consejo de Estado, que, entre otras cosas, es competente para anular las sentencias de apelación.

<sup>58</sup> BÉJAR RIVERA, Luís José, *La dualité juridictionnelle en Droit Administratif mexicain*, en *Revue Juridique de l'Université de Montréal*, N° 52, 2018, ps. 57, 82 y 84.

<sup>59</sup> Salas civiles, penales, administrativas, sociales y militares.



amplia del término “jurisdicción administrativa” permite incluir a las jurisdicciones expresamente designadas como administrativas, así como a las jurisdicciones que funcionalmente resultan ser administrativas en la medida en que deciden sobre los litigios administrativos. La amplia definición de las jurisdicciones alcanzadas por el modelo de Derecho del contencioso administrativo aquí analizado garantiza, en principio, su aplicabilidad en todos los Estados del espacio transatlántico.

Sin embargo, para que sea operativo, hay que relativizar el enfoque amplio de la definición de “jurisdicción administrativa”. La identificación funcional que sirve de criterio debe tener en cuenta las variaciones en el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo entre países monistas y dualistas. En efecto, no existe una correlación sistemática entre el sistema jurisdiccional, el Derecho sustantivo y el Derecho Procesal<sup>60</sup>. En consecuencia, sería necesario acordar un núcleo duro, un denominador común, de asuntos administrativos para determinar si una jurisdicción administrativa se encuentra comprendida desde este sentido funcional. Si es seguro que el acto administrativo pertenece a este núcleo duro, existen incertidumbres sobre la situación de otras materias, tales como los contratos celebrados por la administración o la responsabilidad de ésta. Además, la delimitación de este enfoque funcional se plantea en relación con el control de constitucionalidad de los actos administrativos. La delimitación es más o menos difícil según el tipo de control de constitucionalidad que se practique.

### *1.2. Aceptación funcional y control de constitucionalidad de los actos administrativos*

En la medida en que, en el contexto del control difuso de constitucionalidad, este tipo de control es parte integrante del control judicial, “la jurisdicción administrativa” se refiere a cualquier otra jurisdicción ordinaria que tenga que resolver un litigio administrativo dentro del ordenamiento jurídico único. Éste es, por ejemplo, el caso de Argentina<sup>61</sup>. Por consiguiente, la consideración del control de constituciona-

<sup>60</sup> ANDERSEN, Robert, *Monisme(s) ou dualisme(s) juridictionnel(s)?*, en *La Revue Administrative*, Año 53, Nº 52, 2000, ps. 23-27 (p. 24).

<sup>61</sup> ABERASTURY, Pedro, *La motivation de l'acte administratif en Argentine*, en *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Nº 2019, *La motivation des*

alidad descentralizado de los actos administrativos no aumenta el número de jurisdicciones que pueden considerarse funcionalmente administrativas.

Por otro lado, la lógica de la exclusividad del control de constitucionalidad concentrado<sup>62</sup> no facilita la extensión de la condición de jurisdicción administrativa a la jurisdicción constitucional única. En este caso, la competencia en materia de constitucionalidad de los actos administrativos puede estar total o parcialmente reservada<sup>63</sup>. Constatar, en el marco de un análisis funcional, la calidad de la jurisdicción administrativa de la Corte Constitucional o de un Tribunal Constitucional cuando se trata de actos administrativos es una cosa. Someter el control de constitucionalidad de los actos administrativos que realiza la jurisdicción constitucional al mismo régimen procesal que el control de legalidad y convencionalidad que realiza la jurisdicción ordinaria equivale tanto a negar la singularidad del Tribunal Constitucional como a complejizar el contencioso constitucional, que quedaría así escindido de un régimen propiamente constitucional y de un régimen alineado con el procedimiento del contencioso administrativo. Por lo tanto, en caso de un control de constitucionalidad concentrado, el ámbito de aplicación del Código Modelo debería excluir los litigios administrativos de los que se ocupan algunas jurisdicciones constitucionales. Cuando es exclusivo, el control de constitucionalidad de los actos administrativos estaría sometido a un régimen distinto al de su legalidad y convencionalidad.

El caso de España es bastante revelador a este respecto. El Tribunal

*actes administratifs. Le Droit français à la lumière du Droit Administratif Comparé*, vol. 17, p. 153.

<sup>62</sup> En América Latina, la existencia de un tribunal constitucional es una situación minoritaria. En general, existe en los Estados federales con sistema parlamentario: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú. En Europa es una situación minoritaria: Dinamarca, Irlanda, Islandia, Finlandia, Noruega, Países Bajos, Suecia y Reino Unido.

<sup>63</sup> Por ejemplo, según los artículos 237.2 y 241.5 de la Constitución de Colombia de 1991, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado tienen competencia compartida en materia de excepción de inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno nacional (ver <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>).

Constitucional español es “ante todo el garante del respeto de los derechos fundamentales por parte de los actos no legislativos de los poderes públicos”<sup>64</sup>. Como tal, está llamado a examinar directamente la constitucionalidad de los actos administrativos cuando resuelve conflictos positivos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>65</sup> o cuando conoce de un recurso de amparo<sup>66</sup> dirigido a proteger los derechos y libertades proclamados en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución española de 1978. Pero la regla de exclusividad aplicable en el primer caso y la regla de agotamiento de los recursos ante los tribunales ordinarios, que en el segundo condiciona la intervención del Tribunal Constitucional, sitúan a éste en una posición de singularidad o de último recurso más que de competencia.

La cuestión se complica en el caso de que el monismo jurisdiccional se combine con la existencia de una Corte Constitucional separada de la Corte Suprema. Tal estructuración es sintomática de la ambivalencia iberoamericana entre el modelo norteamericano y el modelo continental europeo de control de constitucionalidad. Éste es el caso de Ecuador. Aunque la Constitución de 2008 establece un principio de unidad jurisdiccional<sup>67</sup>, introduce una Corte Constitucional<sup>68</sup> a la que encomienda el control de constitucionalidad de los actos administrativos<sup>69</sup>. Sin embargo, esta creación se injerta en el ejercicio de las jurisdicciones del contencioso administrativo y de las salas administrativas y fiscales de la Corte Suprema de Ecuador. En consecuencia, por lo tanto, potencialmente, la Corte Constitucional como las jurisdicciones administra-

<sup>64</sup> BON, Pierre, *La question d'inconstitutionnalité en Espagne*, en *Pouvoirs*, vol. 137, N° 2, 2011, ps. 123-141 (p. 123).

<sup>65</sup> Art. 161.1.c, de la Constitución española de 1978 y art. 43 de la Ley Orgánica 2/1979 relativa al Tribunal Constitucional (LOTC) español del 3-10-79. La Constitución española está disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, y la LOTC está disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>.

<sup>66</sup> Art. 43-2 de la Constitución española de 1978.

<sup>67</sup> Arts. 168 y 188 de la Constitución de Ecuador de 2008, disponible en <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>.

<sup>68</sup> El Tribunal Constitucional ecuatoriano sucedió en 2008 al Tribunal de Garantías Constitucionales creado sobre la base de la Constitución de 1945 y rebautizado como Tribunal Constitucional en 1979.

<sup>69</sup> Art. 436, párrafos 2º a 5º de la Constitución de Ecuador de 2008.

tivas propiamente dichas responden a la jurisdicción administrativa desde un punto de vista funcional. Sin embargo, por razones de buena administración de justicia, mencionadas anteriormente, la aplicabilidad del Código Modelo en general y de su artículo 2° en particular debería limitarse a la jurisdicción ordinaria.

Una conclusión similar es deseable con relación a Chile. Las ramificaciones de la ambivalencia de la organización jurisdiccional parecen ser menores que en el caso ecuatoriano, ya que en Chile no existe un orden jurisdiccional administrativo distinto pero, desde la década de 2000, existen tribunales altamente especializados en ciertas materias del contencioso administrativo<sup>70</sup>. El monismo chileno se complica, sin embargo, con la creación en 1970<sup>71</sup> de un tribunal constitucional cuya competencia se extiende a los decretos del Ejecutivo y a ciertos actos administrativos<sup>72</sup>. El hecho es que tal superposición de competencias se presta a conflictos<sup>73</sup> de convivencia entre la jurisdicción constitucional y la Corte Suprema preexistente. Sin embargo, dividir el procedimiento aplicable ante la jurisdicción constitucional, en una parte estrictamente constitucional y otra administrativa, no haría sino aumentar los obstáculos a la correcta administración de justicia.

En comparación, el ejercicio del control de constitucionalidad de los actos administrativos por la jurisdicción administrativa *stricto sensu*, en el marco del dualismo jurisdiccional, facilita la identificación de “la jurisdicción administrativa”, en el sentido del artículo 2° del Código Modelo. Francia y Uruguay ofrecen ejemplos contrapuestos. En el caso francés, tal cuestión de constitucionalidad no es de competencia del Consejo Constitucional, la resuelve el orden jurisdiccional administra-

<sup>70</sup> COSTA CORDELLA, Ezio, *Los tribunales administrativos especiales en Chile*, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 27, N° 1, Valdivia, julio de 2014. Disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502014000100007](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000100007).

<sup>71</sup> Creado por la revisión constitucional del 23-1-1970, el Tribunal Constitucional chileno estuvo suspendido desde 1973 hasta 1980. Sus funciones fueron modificadas sustancialmente por la revisión constitucional del 26-8-2005.

<sup>72</sup> Art. 93, párrafos 9° y 12 de la Constitución de Chile de 1980, disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>.

<sup>73</sup> FIGUEIROA, Dante, *Constitutional Review in Chile Revisited: A Revolution in the Making*, en *Duquesne Law Review*, 2003, ps. 387 y 413-418.

tivo, aunque la teoría de la *loi-écran*<sup>74</sup> pueda impedir su examen. En el caso de Uruguay, que no cuenta con un tribunal constitucional, es el Tribunal Contencioso Administrativo el que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos, mientras que la Corte Suprema se centra en el control de constitucionalidad de las leyes y en la resolución de conflictos verticales de competencia<sup>75</sup>.

Por lo tanto, está claro que es necesaria una comprensión moderadamente amplia del concepto de jurisdicción administrativa para garantizar que la disposición modelo tenga un efecto útil. La interpretación del enunciado de los tipos de recurso, por otra parte, conduce a la movilización de datos de las dos grandes familias del Derecho occidental.

## 2. Los tipos de recursos seleccionados

El artículo 2º enumera los tipos de acciones que pueden presentarse ante “la jurisdicción administrativa”. Menciona cuatro: a) una acción de nulidad, b) una pretensión de una orden de hacer, c) la pretensión de una orden de no hacer, d) una acción declarativa. Simultáneamente, esta enumeración evoca con delicadeza los *common law prerogative remedies* y es comparable con la concepción civilista del contencioso.

### 2.1. La referencia subyacente a los “*common law prerogative remedies*” en la disposición modelo

A primera vista, esta enumeración evoca las *common law prerogative remedies*: *certiorari*, *mandamus*, *prohibition*, *declaration*. Así pues, la anulación prevista en la disposición modelo puede obtenerse por medio de una acción de nulidad, al igual que podría obtenerse por

<sup>74</sup> CE, Sección, 6-11-36, Arrighi de Casanova. En caso de que el acto administrativo en cuestión se base en una ley inconstitucional, el Consejo de Estado francés se niega a sancionar la inconstitucionalidad del acto administrativo porque ello equivaldría a sancionar la inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, sigue negándose a juzgar la ley a la luz de la Constitución, a pesar de que desde la sentencia de la Asamblea de Nícolo, de 20-10-89, verifica plenamente la convencionalidad de la ley.

<sup>75</sup> CORREA FREITAS, Rubén, *La inconstitucionalidad de los actos legislativos en el Uruguay*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, Nº 6, ps. 33-62 (p. 35).

medio de un *certiorari*. La pretensión de una orden de hacer, al igual que la solicitud de *mandamus*, sirve para obligar a la administración a cumplir con sus obligaciones. Para prevenir una actuación pública ilegal, se puede recurrir a la pretensión de una orden de no hacer como se puede recurrir a la orden de *prohibition* (prohibición). A través de la acción declarativa prevista en el Código Modelo, es posible hacer constar la ilegalidad del acto administrativo o la existencia de una situación jurídica, al igual que en el *common law*, la *declaration* (declarativa) permite reconocer el carácter *ultra vires* de dicho acto o incluso de un derecho.

La disposición modelo podría interpretarse como un cierto eco de las vías de recursos del Derecho positivo latinoamericano que refieren al Derecho de los Estados Unidos. Uno se encuentra tentado de ver en la mención de la pretensión de la orden positiva o negativa una referencia velada al *mandado de segurança*<sup>76</sup> brasileño. Sin embargo, este último se percibe como préstamo de los *mandamus*, *injunction*, *prohibition et quo warranto* angloamericanos<sup>77</sup>. Introducido en 1934, permitió al Derecho Administrativo brasileño superar la falta del poder jurisdiccional de anulación de los actos administrativos y se añadió a la acción de reparación de daños.

También me viene a la mente el amparo administrativo mexicano, que se utiliza para sancionar los excesos de poder de las autoridades administrativas federales, federadas y locales. Tiene similitudes con varios tipos de órdenes judiciales estadounidenses: *injunction*, *declaratory judgment*, *mandamus*. El amparo administrativo indirecto mexicano<sup>78</sup> es una de las marcas de la diversificación de un recurso de inconstitucionalidad. El amparo original apareció en el siglo XIX<sup>79</sup> y

<sup>76</sup> Título II, Capítulo 1, art. 5º, LXIX de Brasil de 1988, disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>77</sup> ROSENN, Keith S., *Judicial Review in Brazil: Developments under the 1988 Constitution*, en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 2000, vol. 7, ps. 291, 295.

<sup>78</sup> Art. 107 III y IV de la Constitución de 1917 de México, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_280521.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf).

<sup>79</sup> Primero se incorporó en la Constitución de Yucatán de 1841, luego en la Ley Federal de Reforma de 1847 y se consagró en la Constitución Federal de 1857.

se inspiró<sup>80</sup> en el *habeas corpus* angloamericano y en el *judicial review* americano, tal y como lo presentó Tocqueville<sup>81</sup>. En su doble función de proteger contra las violaciones de los derechos y libertades fundamentales (*garantías individuales*)<sup>82</sup> y garantizar la distribución vertical de los poderes<sup>83</sup>, el *recurso/juicio de amparo* mexicano se ha multiplicado de hecho. Ahora tiene cinco componentes: un componente constitucional<sup>84</sup>, un componente de libertad (*amparo de libertad*)<sup>85</sup>, un componente judicial o de casación<sup>86</sup>, un componente agrario<sup>87</sup> y un componente administrativo<sup>88</sup>. La aparición del componente administrativo es un desarrollo procesal que surgió de una interpretación extensiva de las garantías de equidad procesal contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana<sup>89</sup>. El amparo administrativo es útil en comparación con los recursos disponibles ante el Tribunal Fe-

<sup>80</sup> BAKER, Richard D., *Judicial Review in Mexico. A Study of the Amparo Suit*, University of Texas Press, 1971; DEL RÍO RODRÍGUEZ, *Judicial Review Seen from a Mexican Perspective. The Spanish Tradition and the American Influence on Mexico*, en *California Western International Law Journal*, 1989, vol. 20, ps. 7, 12-13; FIX-ZAMUNDIO, Héctor, *El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 77, mayo-agosto de 1993, ps. 461-468. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3083/3387>.

<sup>81</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis, *De la démocratie en Amérique*, Paris Librairie de Charles Gosselin, 1835.

<sup>82</sup> Art. 1.1 de la Ley de Amparo, disponible en <https://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-de-amparo/libro-primero/titulo-primero/capitulo-i/#articulo-1>. Éstos son los primeros 29 artículos de la Constitución mexicana.

<sup>83</sup> Art. 1.2 de la Ley de Amparo.

<sup>84</sup> Control constitucional de las leyes.

<sup>85</sup> El equivalente al *habeas corpus*.

<sup>86</sup> Amparo judicial o administrativo directo (supra, nota 55).

<sup>87</sup> Protección del derecho al agua y del derecho a la tierra en el marco de la reforma agraria.

<sup>88</sup> Se trata del amparo administrativo indirecto o doble instancia. Artículo 114.1 de la Ley de Amparo. Tiene por objeto sancionar las violaciones de los derechos de los ciudadanos por parte de la jurisdicción judicial cuando éstas no pueden ser impugnadas ante el tribunal administrativo (cuya competencia es de atribución), por ausencia o insuficiencia de competencia. La primera instancia es el tribunal de distrito, la segunda es el tribunal de circuito. El tribunal judicial sustituye al administrativo para garantizar los derechos de los ciudadanos.

<sup>89</sup> El artículo 16 de la Constitución mexicana establece el principio de legalidad de la actuación administrativa.

deral Fiscal y de la justicia administrativa, ya que permite la suspensión del acto impugnado directamente por la jurisdicción ordinaria cuando la competencia de atribución no lo permite. En efecto, el juez de distrito que resuelve el amparo administrativo puede dictar la suspensión de la ejecución de oficio o a petición de parte<sup>90</sup>. De este modo, el amparo administrativo proporciona una mayor garantía del derecho a la revisión judicial efectiva y sirve para compensar las insuficiencias del sistema de recursos en el contencioso administrativo propiamente dicho.

En comparación con la legislación mexicana existente, la contribución potencial de la disposición modelo del Código es al menos doble. En primer lugar, la enumeración de las cuatro acciones que deben atribuirse a una jurisdicción administrativa plantea la cuestión de la ampliación de las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa, para evitar la sustitución de la jurisdicción judicial en el marco del amparo administrativo indirecto. A la luz de la disposición modelo, podría argumentarse que la “jurisdicción administrativa”, en el sentido del artículo 2° comentado, debería ser la que decidiera sobre los cuatro tipos de acciones enumeradas y que la sustitución de la jurisdicción judicial es una anomalía. Si esta anomalía es eliminada, la jurisdicción judicial sólo intervendría en el caso del amparo directo.

Cabe señalar que, cuando se introdujo en el Derecho francés en el año 2000<sup>91</sup> el *référé-liberté*, que puede considerarse como el equivalente funcional del amparo administrativo, se reconoció a la jurisdicción administrativa la competencia para dictar las medidas provisionales correspondientes. De este modo, no hay dispersión de procedimientos relativos a un mismo asunto entre la jurisdicción administrativa y la constitucional, ya que la jurisdicción administrativa es reconocida como la jurisdicción de libertades.

Precisamente, el hecho de que el amparo administrativo mexicano tenga primos, con distintas características, en el resto de América Latina sugiere que las reformas propuestas por la disposición modelo no se limitan a México. Su ámbito de aplicación es más amplio y abarca

<sup>90</sup> Arts. 122, 123 y 124 de la Ley de Amparo. En el marco del amparo directo, la suspensión de la ejecución sólo se concede a instancia de parte.

<sup>91</sup> Ley 2000-597 de 30-6-2000.



tanto a los países dualistas con un tribunal de lo contencioso-administrativo como a los países monistas con tribunales administrativos especializados. Los países potencialmente comprendidos son Argentina (*acción de amparo*), Bolivia, Chile (*recurso de protección*), Colombia (*acción de tutela*), Costa Rica (*amparo de legalidad*), Ecuador (en particular la Ley Minera ante la Agencia de Regulación y Control Minero), El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

El refuerzo de la competencia de lo contencioso-administrativo inducido por la disposición modelo no impide un reparto de competencias que pueda existir entre la Corte Suprema o la Corte Constitucional, que se concentraría en el amparo de protección de los derechos fundamentales contra el Poder Legislativo y en el amparo de protección de otros derechos contra las autoridades administrativas. Esto se haría eco de las recomendaciones de parte de la doctrina en Argentina y Chile<sup>92</sup>.

En algunos casos la división de competencias ya existe. En Costa Rica, por ejemplo, tras una delegación de la Corte Constitucional en 2010, el recurso de *amparo de legalidad* puede presentarse ante el Tribunal Contencioso Administrativo como un recurso autónomo de urgencia. Asimismo, en Nicaragua la acción de amparo puede ser interpuesta ante el Tribunal Contencioso Administrativo por el perjudicado o por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. En Venezuela, desde la Ley Orgánica de 1988<sup>93</sup>, el recurso de amparo está abierto ante cualquier juez, incluido el de la jurisdicción contencioso administrativa, ya sea que se trate de un acto legislativo, reglamentario<sup>94</sup> o individual<sup>95</sup>. Por voluntad del legislador, la jurisdicción

<sup>92</sup> FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel, *El amparo constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno*, en *Revista Ius et Praxis*, Año 10, N° 2, 2004, ps. 169-195.

<sup>93</sup> Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (Gaceta Oficial N° 34.060 del 27-9-88), disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1877.pdf>.

<sup>94</sup> Art. 3º de la Ley Orgánica de Amparo.

<sup>95</sup> Art. 5º de la Ley Orgánica. Para los actos individuales: ante la jurisdicción contenciosa administrativa y simultáneamente con el recurso contencioso si la defensa

venezolana de lo contencioso-administrativo se sale por completo de lo común, ya que está autorizada a pronunciar la suspensión de la ejecución de una ley o de un acto administrativo, lo que antes estaba prohibido por la jurisprudencia. Este aspecto de la legislación venezolana se ajusta bien a la disposición modelo.

## 2.2. *Comparación entre la disposición modelo con la concepción civilista del litigio*

Si se trata de entender la disposición modelo en términos de la concepción del Derecho Civil, a primera vista ésta parece alejarse de la clasificación clásica del contencioso administrativo francés que, en la tradición de Édouard Laferrière<sup>96</sup>, divide los recursos ante el tribunal administrativo principalmente<sup>97</sup> en litigios sobre la base de la legalidad (recursos por motivos de *ultra vires* y excepciones al Estado de Derecho) y litigios sobre la base de la plena jurisdicción (o litigio completo)<sup>98</sup>. Pero hay que resistir la tentación de leer la disposición, únicamente, a la luz de la influencia del Derecho anglosajón, ya que la similitud de los términos, en particular, puede inducir a error. Por ejemplo, los abogados estadounidenses<sup>99</sup> han descrito al *mandado de injunção*<sup>100</sup> o amparo brasileño, por el que se puede ordenar a la administración que emita un acto, como un falso amigo sin relación con los recursos del *common law*.

El análisis del artículo no puede detenerse en la primera impresión que deja el conjunto de pretensiones. Al tratarse de una disposición modelo, caracterizada por la doble interacción entre el *common law*

de los derechos constitucionales lo requiere. Este tribunal puede dictar una suspensión de la ejecución. BREWER-CARÍAS, Alan R., *La acción de amparo en Venezuela y su universalidad*, en NAVEJA MACÍA, José de Jesús (coord.), *Génesis, desarrollo y actualidad de amparo en América Latina*, Ilcsa, Tijuana, 2011, t. I, ps. 109-141.

<sup>96</sup> LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. 1, ps. xv-xvii.

<sup>97</sup> La clasificación propuesta por Laferrière es, de hecho, cuatripartita. Sin embargo, los litigios relacionados con la represión y los relacionados con la interpretación ocupan un lugar secundario.

<sup>98</sup> Litigios de responsabilidad civil, electorales, fiscales y contractuales.

<sup>99</sup> ROSENN, ob. cit., p. 296.

<sup>100</sup> Título II, Capítulo 1, art. 5 LXXI de la Constitución de Brasil de 1988.

y el Derecho Romano-germánico ya mencionado, la elección de la terminología es de especial importancia. Un examen más detallado pone de manifiesto que, si bien la tipología parece ajustarse a las categorías jurídicas propias del *common law*, la redacción utilizada por los redactores del Código Modelo muestra una cautela que revela una preocupación por una redacción globalizante. De hecho, han evitado utilizar el vocabulario típico de los *common law remedies*. Han expuesto muy inteligentemente los tipos de pretensiones en un lenguaje neutro que, al trascender las dos familias jurídicas occidentales, puede calificarse de transfamiliar. De este modo, se han asegurado de que el artículo sea lo suficiente flexible como para convertirlo en un estándar en los Estados donde el contencioso administrativo se inscribe, básicamente o en gran medida, dentro de la lógica del Derecho continental europeo.

A este respecto, no es difícil ver en la acción de anulación del acto administrativo mencionada por el Código Modelo el equivalente funcional del recurso de anulación del acto administrativo clásicamente practicado en la Europa continental. Sin embargo, el artículo 2º no especifica el alcance material de las pretensiones. Dado que no se indican los tipos de actos anulables, es de presumir, en primer lugar, que los redactores del Código Modelo en relación con las diferencias entre los sistemas que, a la manera alemana, concentran el contencioso administrativo en los actos administrativos unilaterales y los que, a la manera francesa, lo extienden generosamente a los actos reglamentarios unilaterales, así como a los plurilaterales. En segundo lugar, se deduce que el artículo 2º da cabida a diversos grados de subjetivismo y objetivismo en el contencioso administrativo. Esta falta de toma de posición quita cualquier incentivo para el préstamo y, por tanto, para la reforma. En este punto, la disposición modelo se limita a reconocer las diferencias de concepción.

En otros puntos, la disposición modelo muestra más claramente una preferencia conceptual. Por ejemplo, hace que la demanda de anulación y la demanda de una orden positiva o negativa sean autónomas. En este sentido, va en contra del planteamiento unitario de las legislaciones alemana y española que, al vincular la anulación y la orden en una sola acción, permite a los jueces dictar órdenes en distintos

momentos del procedimiento contra la administración<sup>101</sup>. Según el enfoque unitario, en una misma acción contra un acto administrativo, la administración no sólo es susceptible de ser llamada al orden cuando se muestra recalcitrante al extraer las conclusiones de un contencioso de anulación, sino que también es susceptible de recibir una orden de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado cuando el juicio acaba de comenzar, o una orden positiva en el mismo momento del pronunciamiento de la sentencia. Aunque es cierto que la preferencia por la autonomía de la anulación y la orden puede analizarse como una solución de compromiso para acomodar el enfoque segmentado de los sistemas iberoamericanos y las leyes de influencia francesa o italiana. En otras palabras, al no imponer la solución más restrictiva, la redacción elegida tolera ambos enfoques.

En otros aspectos, el silencio relativo constatado suscita la sorpresa y fuerza la pregunta. Por ejemplo, la disposición modelo no distingue formalmente entre los procesos de urgencia y otras vías sobre el fondo. Por supuesto, no hay lugar a dudas de que, en el caso de la anulación y de la declaración (declaración de ilegalidad de un acto o de un derecho), resuelve la cuestión de fondo. Sin embargo, una pretensión de orden puede ser una medida preventiva ordenada mientras el caso está pendiente, así como una medida concomitante con el dictado de la sentencia. Así, una negativa puede consistir en medidas preventivas como la suspensión de la ejecución o la prohibición de continuar con la celebración de un contrato por violación de los principios de publicidad y concurrencia. Una orden positiva puede también consistir, como medida preventiva, en la obligación de pagar un anticipo sobre el importe de una reclamación cuyo principio no se discute, o en la obligación de pagar una indemnización por daños y perjuicios una vez reconocida la responsabilidad. En consecuencia, la mención de la orden de hacer o no hacer sin especificar su carácter preventivo o concluyente deja abierta ambas opciones e implica una consecuente panoplia de competencias para la jurisdicción administrativa. Entre estas facultades se encuentra la orden judicial.

<sup>101</sup> FROMONT, Michel, *Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne, et France*, en *Revue Française de Droit Administratif*, 2002, p. 551.

Los trabajos comparativos<sup>102</sup> sobre la potestad de dictar una orden en materia administrativa han demostrado que la atención a la satisfacción de la tutela judicial efectiva ha contribuido a inyectar grandes dosis de subjetivismo en el contencioso administrativo de países que, como Francia, adoptaron inicialmente un enfoque fundamentalmente objetivista. Este subjetivismo se manifiesta en la ampliación de los poderes de la jurisdicción administrativa, que pretende acercar la eficacia de la protección judicial de los justiciables comprendidos dentro de un procedimiento administrativo de aquellos justiciables comprendidos en un procedimiento civil.

Un primer signo de esta subjetivación del contencioso administrativo francés fue el reconocimiento de poder dictar una orden a la jurisdicción administrativa, por la ley de 8 de febrero de 1995<sup>103</sup>. La ley dota a toda jurisdicción administrativa de la facultad de dictar una orden preventiva, en el momento en que se dicta la resolución judicial, con el fin de proteger la decisión contra el incumplimiento, o, en respuesta al incumplimiento probado, de dictar una orden posterior/curativa. Cada orden puede ir, eventualmente, acompañada de una astreinte<sup>104</sup>. En ambas hipótesis, la orden puede ir acompañada de una astreinte<sup>105</sup>. Si se trata de una competencia conexa, la orden consiste en el requerimiento de cumplimiento de una forma determinada y posiblemente en un plazo determinado. Concretamente, en este caso, el resultado de la ley francesa de 1995 es el equivalente funcional de la Ley alemana de Jurisdicción Administrativa de 21 de enero de 1960<sup>106</sup>, que prevé una acción para la promulgación de un acto que faculta al tribunal para instar a la administración a realizar una acción específica

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> La Ley 95-125 relativa a la organización de los tribunales y al procedimiento civil, penal y administrativo, de 8-2-95, está codificada en el art. L. 911-1 y ss. del Código de Justicia Administrativa (CJA).

<sup>104</sup> La atribución de la competencia para dictar multas coercitivas a los tribunales administrativos franceses se remonta a la Ley 80-539, de 16-7-80, relativa a las multas coercitivas dictadas en materia administrativa y a la ejecución de las sentencias por parte de las personas públicas.

<sup>105</sup> Codificado: art. L. 911-3 CJA: Facultad de imponer sanciones.

<sup>106</sup> En su idioma original: *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO), disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/>.

(*Verpflichtungsklage*). Si se trata de un poder discrecional, consiste, según el Derecho francés, en una orden de ejecución en un plazo determinado, pero sin especificar el contenido del acto.

Es importante destacar que, oficialmente, la ley de 1995 no pone en duda el principio de que el juez administrativo no es el superior de la administración y, por tanto, no puede utilizar la orden contra ésta<sup>107</sup>. En la ley de 1995, la orden se utiliza para hacer cumplir la decisión judicial. En comparación, si bien pretende reforzar la fuerza de la cosa juzgada contra la administración recalcitrante, la ley francesa de 1995 no llega a instituir el mecanismo del *commissario ad acta* codificado por el Código de Procedimiento Administrativo italiano de 2010<sup>108</sup>. Consiste en el nombramiento por parte del tribunal de un administrador provisional encargado de sustituir a la administración para garantizar la ejecución de una decisión de la justicia administrativa. En este sentido, este mecanismo italiano va más allá de la orden positiva prevista en la disposición modelo.

La segunda ilustración del giro subjetivista tomado por el contencioso administrativo francés es el abanico de categorías de procedimientos sumarios, desplegado por la Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000, en lo que respecta a las medidas provisionales que pueden obtenerse ante el tribunal administrativo en el marco de la urgencia, en materia de actos administrativos unilaterales. La ley pone a disposición de los solicitantes cuatro regímenes de urgencia en los que la orden sólo puede tener el alcance de una medida cautelar. En respuesta a una solicitud de *référé-suspension*<sup>109</sup>, que es una demanda incidental que se suma al recurso de exceso de poder o a la demanda de revisión (de modificación) de la decisión de suspender, la jurisdicción administrativa ordena la suspensión de la ejecución. En respuesta a una demanda de *référé-liberté*<sup>110</sup> (proceso sumario para obtener la libertad),

<sup>107</sup> En realidad, hay que relativizar el principio porque en determinados ámbitos del contencioso administrativo francés, como el dominio público y los contratos administrativos, existe la facultad de requerimiento.

<sup>108</sup> Art. 34.1 del CPA italiano.

<sup>109</sup> Art. L. 521-1 CJA francés, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070933/>.

<sup>110</sup> Art. L. 521-2, *id*.

que es una demanda autónoma, ella dispone de todas las medidas necesarias para salvaguardar una libertad fundamental. En virtud del *référé-provision*<sup>111</sup>, ordena el pago de una deuda cuyo principio está prácticamente adquirido. En el caso de las medidas sumarias útiles<sup>112</sup>, ordena medidas conservatorias.

El *référé-liberté* francés es comparable al amparo administrativo en América Latina<sup>113</sup> y España<sup>114</sup>. Pero en Francia, esta función de protección de las libertades está asegurada en el marco de la urgencia por el sistema jurisdiccional administrativo. No está reservado a los jueces ordinarios, ni a la Corte Suprema o al Consejo Constitucional. Además, a diferencia del caso colombiano<sup>115</sup>, las jurisdicciones inferiores francesas no están obligadas a mandar en revisión la resolución de *référé-liberté* a la jurisdicción constitucional en determinados casos, y a diferencia de la jurisdicción del contencioso administrativo colombiano<sup>116</sup>, la jurisdicción francesa no tiene que compartir con el tribunal judicial los medios para hacer ejecutorias sus sentencias.

En cuanto a los contratos administrativos, el giro subjetivista del contencioso administrativo francés se confirmó con la introducción en 1992<sup>117</sup> del procedimiento sumario precontractual<sup>118</sup>, por el que el tri-

<sup>111</sup> Art. R. 541.3, *id.*

<sup>112</sup> Art. L. 521-3, *id.*

<sup>113</sup> *Supra*, punto 2.1.

<sup>114</sup> En España, según el art. 43 de la Constitución, el amparo puede utilizarse para impugnar los actos administrativos de los poderes públicos federales, autonómicos y locales, así como la vía de hecho y la inacción administrativa. Es competencia del Tribunal Constitucional.

<sup>115</sup> La facultad de revisión de la Corte Constitucional colombiana está prevista en el art. 241.9 de la Constitución Política de Colombia de 1991, y el art. 3º del decreto 2591 del 19-11-91 obliga a dar traslado de la sentencia de tutela a la Corte Constitucional si no es recurrida por las partes. Ver <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>; [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/decreto_2591_1991.html).

<sup>116</sup> TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, *Tendencias de la ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (Con especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela)*, tesis doctoral, Universidad de A Coruña, 2016, p. 38. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/75988589.pdf>.

<sup>117</sup> Ley de 4-1-92 por la que se incorpora la Directiva 89/665/CEE de la Unión Europea, de 29-12-89.

<sup>118</sup> Art. L. 541-1, CJA francés.

bunal administrativo puede suspender el procedimiento de adjudicación de un contrato, y en 2009<sup>119</sup> con el procedimiento sumario contractual<sup>120</sup>, por el que el tribunal administrativo puede suspender la ejecución de un contrato, rescindirlo<sup>121</sup>, reducir su duración o incluso declararlo nulo<sup>122</sup>. Cuando, como en el Derecho alemán, la jurisdicción del contrato público le pertenece al tribunal civil, es éste el que ejerce ese poder de requerimiento adquirido por el tribunal administrativo francés.

La disposición modelo no aborda explícitamente el contencioso de la responsabilidad. Se podría deducir de ello que los redactores han privilegiado la concepción de un derecho administrativo dentro de un campo de aplicación reducido, quedando el resarcimiento de los daños causados por la administración en manos de la jurisdicción civil. Una interpretación amplia, sin embargo, permite suponer que la disposición modelo sólo aborda implícitamente esta cuestión cuando especifica, en su apartado 2º, que el requerimiento positivo puede consistir en el pago de una suma de dinero. Tal suma no sólo corresponde a una multa coercitiva para incentivar la ejecución de la decisión judicial o la devolución de los pagos indebidos o en exceso por parte de las autoridades fiscales o de la seguridad social. También puede significar la indemnización pagada para reparar los daños causados por la administración. Este tratamiento implícito refleja una prudencia en la redacción que permite acomodar, al menos, tres categorías de Derecho Administrativo. La primera categoría es la del Derecho Administrativo que, como el de España<sup>123</sup>, Francia<sup>124</sup> y Portugal<sup>125</sup>, sitúa la responsa-

<sup>119</sup> Ordenanza del 7-5-2009.

<sup>120</sup> Art. L. 541-13, CJA francés.

<sup>121</sup> Rescisión no retroactiva por incumplimiento del contrato.

<sup>122</sup> Rescisión retroactiva por incumplimiento de las condiciones de formación del contrato.

<sup>123</sup> En España, el principio de responsabilidad administrativa data de la ley de 16-12-54 y la generalización de la competencia del orden jurisdiccional administrativo de la ley de 13-1-99. DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La générosité de la responsabilité "objective" de l'administration en droit espagnol*, en *Revue Française d'Administration Publique*, vol. 147, Nº 3, 2013, ps. 653-664.

<sup>124</sup> Tribunal de Conflictos (TC), 8-2-1873, Blanco.

<sup>125</sup> En Portugal, desde la adopción de la Ley 13/2002, de 19-2-2002, sobre el



bilidad administrativa bajo la autoridad del Derecho Público y confía el litigio correspondiente al orden jurisdiccional administrativo.

La segunda categoría es la de las leyes administrativas que, como las de Alemania<sup>126</sup> o Uruguay, dejan esta parte del litigio al Derecho Privado y a los tribunales ordinarios. Así, en Uruguay, el Tribunal Contencioso-Administrativo interviene en primera y última instancia para controlar la legalidad<sup>127</sup> y constitucionalidad de los actos administrativos, y los conflictos de competencia basados en la legislación<sup>128</sup>, mientras que las jurisdicciones (*juzgados letrados del Poder Judicial*) relevantes del orden judicial se ocupan de los casos de responsabilidad administrativa<sup>129</sup>. Dentro de esta segunda categoría, también existen experiencias iberoamericanas de transferencia de competencias a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Por ejemplo, en Colombia<sup>130</sup>, en 1914, un régimen de responsabilidad pública basado en el Derecho Público y en la intervención del Consejo de Estado sucedió a un régimen basado en el Derecho Privado y en la intervención de la jurisdicción ordinaria, que fue refundido en 1991. En México<sup>131</sup>

Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales de Portugal, *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (ETAF), la competencia corresponde al tribunal administrativo, disponible en [https://www.aca-europe.eu/fr/eurtour/i/countries/portugal/portugal\\_fr.pdf](https://www.aca-europe.eu/fr/eurtour/i/countries/portugal/portugal_fr.pdf). Además, DA SILVA, Vasco Pereira, “*On connaît la chanson*” la *responsabilité civile de l’administration publique au Portugal*, en *Revue Française d’Administration Publique* cit., ps. 665-675.

<sup>126</sup> JACQUEMET-GAUCHE, Anne, *La responsabilité administrative en Allemagne: comparaison avec le Droit français à partir de quelques cas pratiques*, en *Revue Française d’Administration Publique* cit., ps. 625-637.

<sup>127</sup> Art. 309 de la Constitución de Uruguay, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>.

<sup>128</sup> Art. 313, *id.*

<sup>129</sup> Art. 312, *id.* CAL LAGGIARD, Maximiliano, *Contencioso administrativo de reparación patrimonial*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2, 2013, ps. 209-225. Disponible en <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/320/357>.

<sup>130</sup> QUINTERO, Gustavo, *Libertés publiques et responsabilité de la puissance publique en Droit colombien*, tesis doctoral, Universidad de Nantes, Francia, 1997; ARENAS MENDOZA, Hugo André, *¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: A propósito de la relación de causalidad*, en *Universitas*, vol. 69, 2020.

<sup>131</sup> CAMBERO QUEZADA, Guillermo, *La responsabilité de la puissance publique au Mexique*, tesis doctoral, Universidad de Nantes, Editions Universitaires Européennes, Francia, 2018.

se produjo un hecho similar en 2004 a favor del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La tercera categoría es la del Derecho Administrativo que, a la manera italiana, atribuye la competencia en principio al tribunal ordinario, pero reconoce<sup>132</sup> una competencia a la jurisdicción administrativa en caso de violación de intereses legítimos<sup>133</sup>.

También en este caso la redacción flexible de la disposición modelo demuestra la habilidad de sus autores.

<sup>132</sup> Ley italiana 2000-205 de 21-7-2000.

<sup>133</sup> TRAVI, Aldo, *L'extension de la responsabilité de l'administration publique en Italie*, en *Revue Française d'Administration Publique* cit., ps. 677-690.

## CAPÍTULO 2

### INTENSIDAD DEL CONTROL\*

**Art. 3º** *Alcance del control de la legalidad de la actuación administrativa:*

- (1) **El tribunal controla la legalidad de las acciones u omisiones de la Administración pública. El control de la legalidad engloba tanto vicios de competencia, de procedimiento y de forma (legalidad formal o externa) como de contenido (legalidad material o interna). El control del contenido se refiere al examen tanto de la fundamentación jurídica del acto individual y del reglamento como de sus presupuestos fácticos y de la calificación jurídica de los hechos. También se verificará si la administración ha incurrido en desviación de poder.**
- (2) **Incluso cuando la administración haya aplicado conceptos jurídicos indeterminados, el tribunal podrá examinar si han sido correctamente interpretados y aplicados.**

#### **1. Introducción**

Este artículo describe el alcance del control de la legalidad de la actuación administrativa. No precisa el objeto mismo del control (es decir, los actos administrativos que pueden ser objeto de recurso) que, sin embargo, para garantizar la eficacia del sometimiento de la administración a la ley, debe poder abarcar tanto los actos positivos (individuales o generales, expresos o implícitos) como la inacción de la administración, dirigiéndose el recurso contra la denegación a dictar un acto administrativo.

\* Art. 3º comentado por GILLES PELLISSIER y arts. 4º y 5º comentados por JACQUES ZILLER.

Por otra parte, un Código Modelo, que pretende identificar un cierto número de principios comunes, no puede entrar en los detalles de las tradiciones jurídicas en lo relativo al objeto del control del acto administrativo. Así, por ejemplo, Francia o España han optado por revisar directamente los actos de alcance general cuando, por el contrario, Alemania lo hace, en la mayoría de los casos, sólo por vía de excepción. También Francia, en los últimos años, ha extendido su control de la legalidad a formas de expresión de la administración que, sin tener un alcance decisivo o normativo, son susceptibles de tener efectos significativos en la situación de los administrados (CE, Sect., 12-6-2020, “GISTI”, N° 418142).

Este control es el propósito mismo del recurso jurisdiccional. Su objetivo es que la administración respete las normas superiores que se le imponen. Estas normas son, hoy en día, cada vez más numerosas: van desde los actos administrativos de alcance general hasta la Constitución, pasando por los principios generales (por ejemplo, los principios generales del Derecho que el Consejo de Estado francés reconoce desde hace casi un siglo), las leyes y las convenciones internacionales. El principio de legalidad se entiende, por tanto, en un sentido amplio, como el sometimiento de la administración al Derecho.

Las leyes procesales rara vez describen el objeto y el alcance del control judicial como lo hace este artículo. Por otra parte, el principio de legalidad es, generalmente, un principio constitucional explícito (por ejemplo, el art. 9.3 de la Constitución española; el art. 20.3 de la Ley Fundamental alemana; el art. 18 de la Constitución de la República Argentina) o implícito. Así, en Francia, el principio de legalidad y su efectividad a través del control jurisdiccional ha sido identificado por el Consejo Constitucional como un principio de valor constitucional, basado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (que forma parte de la Constitución) relativo a la garantía de los derechos y que también fundamenta el derecho a un recurso jurisdiccional (véase en particular, entre otras muchas decisiones: CC 93-335 DC, 21-1-94, “JORF” de 26-1-94, p. 1382, cons. 2 y 4, Rec. p. 40, relativa a una ley que limitaba la posibilidad de hacer valer determinadas irregularidades procesales en materia urbanística). El Consejo de Estado francés ya había establecido, como prin-

cipio general de Derecho, la posibilidad de interponer un recurso jurisdiccional contra cualquier acto administrativo, para que su legalidad pudiera ser verificada por un juez (CE, Ass., 17-2-50, “Min. de l’agriculture c/Dame Lamotte”, Rec. p. 110).

Además del principio de legalidad, otros principios generales, a veces de valor constitucional, implican el control judicial de la actuación administrativa y, a veces, indican su contenido: tal es el caso de los principios de interdicción de la arbitrariedad (que deriva del artículo 19 de la Constitución argentina y de razonabilidad –art. 28 de la misma Constitución–) y que se encuentra, explícitamente, en el artículo 9.3 de la Constitución española.

Si el principio de legalidad y el derecho al recurso que lo hace efectivo<sup>1</sup> tienen, pues, un valor constitucional, el alcance del control judicial de la actuación administrativa es fruto de la jurisprudencia que, a lo largo del tiempo, lo ha ampliado y profundizado. Sin embargo, dado que este Código es un modelo que no se basa en ninguna jurisprudencia nacional y cuya ambición es promover un control efectivo de la actuación administrativa, ha parecido necesario formular los requisitos mínimos en cuanto al contenido de este control, para que no sea sólo una apariencia de control. No obstante, cabe señalar que el artículo 63.1 de la Ley española 30/1992, del 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé, aunque de forma menos detallada, la anulación de los actos administrativos que desconozcan el ordenamiento jurídico.

La descripción de los diversos elementos del acto administrativo, que deben poder ser controlados para que este control sea efectivo, se inspira en la teoría francesa del recurso por exceso de poder, que, de manera general, tuvo una gran influencia en el desarrollo, en el transcurso del siglo XX, del control jurisdiccional de la actuación administrativa en los países de tradición jurídica romana. Si bien esta revisión se extendió inicialmente a todos los elementos constitutivos

<sup>1</sup> El derecho a un recurso judicial efectivo también está consagrado en los principales convenios internacionales de protección de los derechos humanos: véanse los artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 6.1 del CEDH.

del acto administrativo en Francia, posteriormente se ha seguido profundizando y adaptando a los cambios de la actuación administrativa. Dado que la jurisprudencia francesa ha sido durante mucho tiempo una fuente de inspiración para otros países, parece útil informar en este comentario sobre los desarrollos más recientes de esta revisión por parte del Consejo de Estado francés.

La distinción entre legalidad externa e interna es una forma de distinguir las reglas relativas al dictado del acto (la competencia de su autor; el procedimiento a seguir; las reglas de forma) de las relativas a su contenido. Aparece en algunas leyes de procedimiento, como la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 54 y 63).

A continuación, se examinará el objeto y el alcance del control judicial de la legalidad externa e interna del acto administrativo.

## **2. Control judicial de la legalidad externa**

Las reglas de la legalidad externa se refieren, esencialmente, a tres aspectos del acto administrativo impugnado: la competencia de su autor, el procedimiento para el dictado del acto y su presentación formal.

La competencia del autor del acto es tanto material (¿la acción impugnada se encuentra dentro del ámbito de competencia de la autoridad administrativa?, ¿podía el firmante del acto dictarlo, en virtud de sus propias facultades o de una delegación de competencia o de firma, regular y vigente [publicada, etc.]?) como temporal (por ejemplo, en caso de delegación de competencia o de firma, ¿era aún válida?).

Los procedimientos para dictar actos administrativos, que pueden incluir la consulta a los órganos administrativos o al público, son más o menos complejos según la materia. Algunos actos no están sujetos a ninguna norma de procedimiento. Otros, especialmente en el ámbito del medio ambiente o el urbanismo, están sujetos a procedimientos largos y complejos.

Las reglas de forma son, generalmente, poco numerosas en el Derecho Administrativo: se refieren principalmente a la motivación del acto y las informaciones relativas a su autor.

### 2.1. *Importancia de la legalidad externa*

Aunque a menudo se consideran menos importantes que las normas que rigen el contenido del acto, estas normas de legalidad externa garantizan, no obstante, aspectos fundamentales del Estado de Derecho. El respeto a la asignación de competencias de decisión es esencial para la separación de poderes, la organización de la administración y el buen funcionamiento de los servicios públicos. Los procedimientos administrativos tienen por objeto aclarar la decisión que se va a tomar, informar al público o hacerlo participar en la elaboración del acto y, en algunos casos, darle la oportunidad de defender sus derechos o intereses antes de que se adopte una decisión que podría serle desfavorable. Por último, las reglas de forma del acto proporcionan información importante sobre los motivos de la decisión y sobre su autor, lo que permite a sus destinatarios comprenderla y, en su caso, poder impugnarla de forma útil. Por lo tanto, es esencial que estas reglas sean respetadas por las autoridades administrativas y que el juez pueda verificar su cumplimiento.

Más concretamente, la obligación de motivar los actos administrativos tiene especial importancia en el control del ejercicio del poder discrecional de la administración, ya que obliga a la autoridad administrativa a exteriorizar las razones de su actuación y permite al juez controlarlas.

La motivación es hacer constar en el acto las razones de hecho y de derecho que lo justifican. La obligación de motivación es más o menos amplia en los distintos países.

La legislación alemana establece como principio general la obligación de motivar las decisiones individuales escritas (art. 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo [VwVfG] de 25-5-76). El artículo 39.I.2 establece que la justificación debe incluir las consideraciones esenciales de hecho y de derecho que llevaron a la autoridad administrativa a tomar tal decisión, así como los criterios que determinan el ejercicio del poder discrecional (art. 39.I.3).

El Derecho francés nunca ha establecido el principio general de motivar los actos administrativos. Sin embargo, además de las disposiciones especiales propias de determinadas decisiones que pueden exi-

gir una motivación, ésta se requiere, en general, para las decisiones individuales desfavorables más importantes. Es decir, aquellas que “restringen el ejercicio de las libertades públicas o, en general, constituyen una medida de policía; imponen una sanción; someten la concesión de una autorización a condiciones restrictivas o imponen dificultades; retiran o revocan una decisión creadora de derechos; se oponen a una prescripción, a una ejecución o a una caducidad; deniegan una prestación cuya concesión constituye un derecho para las personas que reúnan las condiciones legales para obtenerla; deniegan una autorización, excepto cuando la comunicación de los motivos pueda corresponder a una vulneración de alguno de los secretos o intereses protegidos por lo dispuesto en los apartados a, a f, del 2º del artículo L. 311-5; desestiman un recurso administrativo, 311-5; rechazan un recurso administrativo, cuya presentación es obligatoria antes de cualquier recurso contencioso en virtud de una disposición legislativa o reglamentaria” (art. L. 211-2 del Código de relaciones entre la administración y el público).

La ley española procede de la misma forma, estableciendo una lista de decisiones que deben, obligatoriamente, estar motivadas “por una sucinta referencia a las circunstancias de hecho y al fundamento jurídico” del acto (art. 35 de la Ley 39/2015, del 1º de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). En este artículo se abordan los siguientes temas:

- 1. Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.*
- 2. Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión.*
- 3. Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.*
- 4. Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 56.*
- 5. Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias.*



6. *Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados.*
7. *Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la administración en procedimientos iniciados de oficio.*
8. *Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial.*
9. *Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.*

En Argentina, como lo explica el profesor Pedro Aberastury, “antes de la aprobación de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (LNPA), la doctrina nacional había señalado la existencia de un principio general de obligación de motivar los actos. El principio se basaba en la forma republicana de gobierno, en el sistema democrático o en la preocupación por disipar «cualquier sombra de arbitrariedad»”<sup>2</sup>. Después de la adopción de la LNPA, la doctrina retomó esta orientación, para garantizar el respeto de los principios de legalidad y de razonabilidad y el respeto al derecho a un procedimiento regular, y consideró este principio como un factor de protección de los individuos frente a la acción del Estado.

Lo mismo ocurre en la mayoría de los demás Estados latinoamericanos, como Uruguay, Costa Rica o Brasil<sup>3</sup>.

## 2.2. *La modulación del alcance de las irregularidades externas*

El incremento y la complejidad creciente de las normas, sobre todo del procedimiento administrativo, en determinadas materias tales como

<sup>2</sup> ABERASTURY, Pedro, *La motivation de l'acte administratif en Argentine*, en *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, N° 2019, *La motivation des actes administratifs. Le Droit français à la lumière du Droit Administratif Comparé*.

<sup>3</sup> COVIELLO, Pedro J. J., *La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales*, en *El control de la actividad estatal*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2016. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-coviello-motivacion.pdf>, consultado el 4-10-2021.

el medio ambiente o el urbanismo, que se advierte en la mayoría de los Estados, ha llevado a algunos de ellos, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial, a revisar el equilibrio entre el respeto de las reglas de Derecho y la seguridad jurídica. ¿Debe el incumplimiento de una norma de procedimiento conducir sistemáticamente a la anulación de un acto que puede haber tardado varios meses en elaborarse y en el que han intervenido un gran número de actores?

Aunque no es posible describir aquí todas las formas de abordar este problema, sí es posible referirse a algunos ejemplos.

Puede señalarse el artículo 63.2 de la Ley española 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que dispone, tras establecer el principio de anulación de todo acto que no se ajuste al ordenamiento jurídico, que “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”.

En el Derecho Administrativo francés, es la jurisprudencia la que ha desarrollado progresivamente un criterio para valorar el alcance de las irregularidades procedimentales en función de sus efectos, sistematizando una distinción preexistente entre formalidades sustanciales y no sustanciales. El juez administrativo neutraliza las irregularidades de procedimiento cuando no le parece que puedan ejercer, en el caso concreto, una influencia en el sentido de la decisión adoptada o cuando no han privado a los interesados de una garantía (CE, Ass., 23-12-2011, “Danthony y otros”, Nº 335033). En materia de urbanismo, el legislador también ha intervenido para limitar en el tiempo la posibilidad de invocar determinadas irregularidades de procedimiento o de forma en los documentos urbanísticos generales (por ejemplo, el art. L. 600-11 del Código de Urbanismo)<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> “Los documentos de urbanismo y operaciones mencionados en los artículos L. 103-2 y L. 300-2 no son ilegales por el mero hecho de presentar defectos que puedan viciar la consulta, siempre que se hayan respetado los procedimientos definidos en los artículos L. 103-1 a L. 103-6 y por la decisión o deliberación prevista en el artículo L. 103-3. Las autorizaciones de ocupación o utilización del terreno no son ilegales únicamente por los vicios susceptibles de viciar esta deliberación o las modalidades de su ejecución”.

---

En estos casos, el juez examina el agravio sobre la irregularidad planteada contra el acto y constata si la misma se encuentra fundada. Pero decide, en relación con el alcance concreto de este incumplimiento sobre los fines de la actuación administrativa y los derechos de los interesados, que esta irregularidad no es susceptible de conducir a la anulación del acto. No es el objeto del control jurisdiccional el que se limita sino el propio juez el que decide sobre sus efectos, con el fin de garantizar un mejor equilibrio entre la legalidad y la seguridad jurídica.

### **3. Control jurisdiccional de la legalidad interna**

La legalidad interna abarca todos los aspectos del contenido del acto: su objeto (lo que la administración ha decidido, lo que modifica el ordenamiento jurídico), sus motivos (las circunstancias de hecho y de derecho que justifican la decisión adoptada) y su finalidad (la intención del autor del acto).

Este control del contenido del acto se ha desarrollado y profundizado durante el siglo XX.

#### *3.1. Control jurisdiccional del objeto del acto*

El control del propio objeto de la decisión consiste en verificar que la decisión no es directamente contraria a una norma de valor superior. Históricamente, es el primer control de un elemento del contenido del acto que ha aparecido en la jurisprudencia administrativa francesa durante el transcurso del siglo XIX, estableciendo el recurso por exceso de poder como instrumento del respeto a la legalidad. Este control no deja ningún margen de apreciación a la administración, que debe cumplir íntegramente las normas superiores que se le imponen (informe de conformidad).

Sólo cuando la norma superior prevé un alcance diferente (por ejemplo, exigiendo que las normas subordinadas sean simplemente compatibles con la norma superior), la autoridad administrativa recupera un cierto margen de apreciación, que el juez respeta realizando un control más distanciado del contenido del acto (por ejemplo, en el Derecho urbanístico francés, los planes locales de urbanismo sólo deben

ser compatibles con los actos de planificación más generales [planes de dirección, en particular]). El juez verifica, entonces, que se respeten las orientaciones fundamentales y el destino del terreno fijado por éste (cf. CE, Ass., 22-2-74, “Adam”, N° 91848, p. 145; CE, 27-7-2015, “Département du Gard”, N° 370454, p. 923).

### 3.2. *Control jurisdiccional de los motivos del acto*

Los motivos de la acción administrativa son las circunstancias de hecho y las consideraciones de Derecho que la justifican y enmarcan: controlar los motivos equivale a controlar la apreciación realizada por la autoridad administrativa de una situación de hecho y de la aplicación de esta situación a la regla de Derecho. El control jurisdiccional de los motivos corresponde a la evolución más reciente del control jurisdiccional de los actos administrativos: durante mucho tiempo, el juez consideraba que los motivos formaban parte de la oportunidad de la actuación administrativa, en la que no le correspondía interferir. Este control se ha ido imponiendo y profundizando paulatinamente, y ahora concierne a casi toda la actuación administrativa.

Este control se refiere a la regla de Derecho aplicada (1), a los hechos tenidos en cuenta por la autoridad administrativa (2) así como, y éste es también el ámbito de su profundización, a la aplicación de la primera a la segunda (3).

#### 3.2.1. *El control del error de Derecho*

Este control se refiere a la norma o a las normas jurídicas que la autoridad administrativa pretende aplicar. Constituyen la base jurídica o la justificación legal del acto o de la acción impugnada.

Diversas ilegalidades pueden afectar esos motivos de Derecho: la autoridad administrativa pensó que podía aplicar una norma que no existe o que ya no existe o que no es aplicable a la situación en cuestión. Pertenecen a esta categoría de ilegalidad el hecho de haber aplicado una norma que es en sí misma ilegal (excepción de ilegalidad). Por ejemplo, un acto individual es dictado aplicando una normativa que regula bien la situación pero que es contraria a una ley o a un convenio internacional. Finalmente, la autoridad administrativa pudo

haberse equivocado en la interpretación que ha hecho de la norma aplicable, pensando que le permitía tomar una determinada decisión cuando no es así (por ejemplo, una autoridad administrativa se siente obligada a rechazar una solicitud que no cumple una condición legal cuando la ley no impone esa condición).

El juez es el órgano encargado, en un Estado de Derecho, de controlar la interpretación y aplicación de las reglas de Derecho, el control del error de Derecho se aplica a todos los actos administrativos, incluso, como se especifica en el segundo párrafo del artículo en comentario, cuando la administración aplica conceptos jurídicos indeterminados. Esta indeterminación puede, en algunos casos, dar a la autoridad administrativa un margen de apreciación (véase más adelante y el art. 4º). Pero es siempre el juez quien determina el sentido y el alcance de la norma, es decir, quien, ante un concepto jurídico, va a determinar el margen de maniobra que se deja a la administración.

El alcance de un error de Derecho puede variar.

Así, el juez administrativo francés neutraliza en ciertos casos un error de base legal: cuando comprueba que la decisión impugnada ante él podría haberse adoptado, en virtud del mismo margen de apreciación, sobre la base de un texto distinto de aquel cuya inobservancia se invoca, pudiendo sustituir de oficio este fundamento que ha servido de base legal a la decisión impugnada, siempre que se le hayan dado a la persona afectada por el acto las garantías exigidas por el texto en el que debería haberse basado la decisión (CE, Sect., 3-12-2003, “Préfet de la Seine-Maritime c/El Bahi”, N° 240267). Esta facultad de sustituir la base legal correcta a la base legal erróneamente aplicada por la administración refleja el pragmatismo de la jurisprudencia, que hace primar la realidad de que la administración pueda tomar la decisión sobre el error que cometió en la referencia a la norma que le confería dicha potestad.

### 3.2.2. *El control de la exactitud material de los hechos*

Cuando la decisión administrativa está justificada por circunstancias de hecho, lo que ocurre al menos con todas las decisiones individuales, el juez debe verificar la realidad de esos hechos. Aunque a principios

del siglo XX, cuando el Consejo de Estado ejerció por primera vez este control (CE, 14-1-1916, “Camino”, p. 15), algunos comentaristas se sorprendieron de que el juez de la legalidad se interesara por los hechos, este control parece ser esencial para un control eficaz de la legalidad, ya que las normas de Derecho rigen siempre situaciones concretas.

### 3.2.3. *El control de la calificación jurídica de los hechos*

El control de la calificación jurídica de los hechos se refiere a la aplicación de la regla general de Derecho que confiere a la autoridad administrativa la facultad de actuar ante la situación particular que pretende resolver de una manera determinada.

La regla de Derecho se expresa siempre en términos generales e impersonales; existe, por más que pretenda predeterminar la decisión que deba tomarse al aplicarla, a través de un cierto margen de apreciación a la hora de aplicarla a una situación concreta. Y este margen de apreciación es aún mayor cuando la norma general se expresa en términos imprecisos o hace referencia a conceptos jurídicos indeterminados.

La intensificación del control jurisdiccional de la actuación administrativa en los Estados de Derecho ha consistido en controlar, sin eliminarlo necesariamente siempre, este margen de apreciación pues, aunque las normas superiores dejen a la administración un cierto poder de apreciación, éste nunca debe ejercerse de forma irrazonable o arbitraria (véase el comentario al art. 4° sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad).

En el Derecho francés, el Consejo de Estado comenzó a revisar la calificación jurídica de los hechos en situaciones en las que la norma superior condicionaba precisamente la facultad de tomar una decisión en un sentido determinado: se trataba en el caso de una norma urbanística que permitía a la autoridad administrativa rechazar el otorgamiento de un permiso cuando la construcción proyectada podía dañar una “perspectiva monumental”, es decir la calidad urbanística del conjunto (calle, plaza, etc.) en el cual se iba a integrar el edificio proyectado. Dado que el principio es el derecho a edificar, derivado del derecho de propiedad, y que la norma legal prevé precisamente en

qué casos puede limitarse este derecho (en caso de daño a un conjunto de peculiar calidad urbanística), el Consejo de Estado consideró que le correspondía controlar plenamente la apreciación realizada por la administración tanto sobre la existencia en el caso concreto de una peculiar calidad urbanística como sobre el daño que el proyecto podía causar. Para la administración, no pudiendo legalmente negarse a conceder el permiso de construcción sobre la base de esta norma si el proyecto se integra bien en el conjunto monumental, el juez controla todas las valoraciones que pueden conducir a una decisión denegatoria (CE, 4-4-1914, “Gomel”, p. 488).

La precisión de la norma que regula la actuación administrativa, que refleja la voluntad del legislador o de la potestad reglamentaria de no dejar ningún margen de maniobra a la administración en la aplicación de la norma, es una de las razones que pueden llevar al juez a controlar plenamente la apreciación realizada por el autor del acto. Pero no es la única: incluso en presencia de conceptos jurídicos indeterminados, como los de interés general u orden público, el juez puede decidir realizar un examen completo de la aplicación de la regla de Derecho a la situación concreta, en relación, por ejemplo, con los efectos de la decisión administrativa sobre los derechos de los ciudadanos. Será entonces el valor de la libertad o del derecho, que la administración limite en nombre de una norma imprecisa, lo que llevará al juez a un control estricto dirigido a garantizar que la administración ha limitado el derecho o la libertad a lo que era necesario para salvaguardar el orden público: una medida de policía podrá ser así anulada si resulta que podrían haberse tomado medidas menos restrictivas para alcanzar el objetivo buscado (control de necesidad de la medida: CE, 19-5-1933, “Benjamin”, p. 541) o si la medida es desproporcionada en relación con el objetivo (por ejemplo, en el caso de las medidas de expulsión de extranjeros del territorio francés, en lo que respecta a la violación del derecho del interesado a llevar una vida familiar normal, garantizado por el art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CEDH]: CE, Ass., 19-4-91, “Belgacem”, p. 152).

En parte bajo la influencia del CEDH, que prevé para la mayoría de los derechos la posibilidad de que los Estados parte puedan imponer

restricciones, siempre que sean proporcionadas, el control de proporcionalidad<sup>5</sup> se ha ido extendiendo a todas las medidas de policía, absorbiendo en parte el control de la necesidad de la medida. Más recientemente, se ha extendido a otros ámbitos de la actuación administrativa, en particular a las sanciones disciplinarias, donde el control de proporcionalidad de la sanción a la falta ha sustituido al control del error manifiesto de apreciación (CE, Ass., 13-11-2013, N° 347704, p. 279).

El otro ámbito tradicional de aplicación del control de proporcionalidad es la apreciación de la utilidad pública de un proyecto, en particular con vistas a la expropiación de los terrenos necesarios para su realización, expropiación que sólo es constitucionalmente posible si está justificada por la utilidad pública de la operación (art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). El Consejo de Estado ha desarrollado en los años 70 una jurisprudencia que consiste en apreciar la utilidad pública de la operación ponderando sus ventajas e inconvenientes para los derechos e intereses en juego (CE, Ass., 28-5-71, “Ville nouvelle est”, p. 409). A este respecto, nos remitimos al comentario del artículo 5º.

Estos ámbitos de control de la proporcionalidad –derechos y libertades individuales; Derecho disciplinario– se encuentran en numerosa jurisprudencia europea: además de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se ha dicho, aparece en particular en la jurisprudencia alemana, donde es particularmente extendida y teorizada, así como en la belga, la holandesa y la española (además, se menciona expresamente en la Constitución española: art. 9.2).

En otros casos, por razones que pueden estar relacionadas con la redacción de la norma, con la determinación por parte del juez de su alcance, con el margen de maniobra que considera que debe dejarse a la autoridad administrativa en determinadas materias, el juez puede reconocerle un cierto poder discrecional (véase el artículo siguiente), que se traduce en un control más flexible (la administración podría

<sup>5</sup> Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo francés, se puede leer un artículo reciente de PIWNICA, Emmanuel, *A propos du principe de proportionnalité*, en *La scène juridique: harmonies en mouvement*, Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn, Dalloz, Paris, 2019.



tomar distintas decisiones que también son lícitas) sin llegar nunca, salvo en contadas ocasiones, a una ausencia de control.

En el Derecho Administrativo francés, estas raras excepciones se refieren a algunas decisiones que son tan subjetivas que el juez no podría revisarlas sin sustituir su propia apreciación a la de la autoridad competente: es el caso, por ejemplo, de la calificación de los trabajos de un concurso o de un examen o del otorgamiento de una condecoración.

Sin embargo, fuera de estos casos muy particulares, el juez siempre debe poder controlar que la administración haga un uso razonable y racional de la libertad de elección que le confieren las normas superiores: es el control del error manifiesto de apreciación que el Consejo de Estado francés inauguró a principios de los años 60 y que es hoy el control mínimo de las decisiones que no son objeto de un control más profundo.

Así como por el error de Derecho, la jurisprudencia administrativa francesa admite que un error relativo a los motivos de hecho o sobre la calificación jurídica de los hechos puede ser corregido por la administración durante el transcurso del procedimiento abierto por el recurso contra el acto. Así, la autoridad administrativa que dictó el acto puede alegar ante el juez que habría adoptado la misma decisión por otro motivo y, si este motivo tenía la naturaleza de justificar la decisión en la fecha en que se adoptó (que es la fecha en que se aprecia la legalidad del acto impugnado), el juez puede sustituir el motivo erróneo por este motivo legal, siempre que esta sustitución no prive al demandante de una garantía procesal vinculada al motivo sustituido (CE, Sect., 6-2-2004, “Sra. Hallal”, p. 48). A diferencia de la sustitución de la base legal, a la que el juez puede proceder de oficio, esta sustitución de motivos debe ser solicitada expresamente al juez por la autoridad administrativa. Dado que los motivos son las razones que llevan a la administración a ejercer su poder de decisión, no le corresponde al juez exponerlas por sí mismo. Sólo puede decir si las que la administración ha invocado (cuando tomó la decisión o ante el juez para evitar su anulación) son de tal naturaleza que justifican su decisión. La ilegalidad del motivo inicial quedará así neutralizada en favor del nuevo motivo que justificará la decisión.

#### **4. Control jurisdiccional de la finalidad del acto**

La desviación de poder es una constante en el control de la actuación administrativa, que consiste en que el juez compruebe que la autoridad administrativa no ha ejercido su competencia decisoria con una finalidad distinta a la que le fue atribuida. Al igual que el control de la violación directa de la regla de Derecho (control del objeto del acto), aparece en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés en la segunda mitad del siglo XIX, cuando el recurso por exceso de poder se extiende al contenido del acto impugnado.

Esta ilegalidad es especialmente grave y difícil de demostrar. El ejemplo más clásico de esta ilegalidad es el caso de una autoridad de policía administrativa que prohíbe a una persona el ejercicio de una actividad, no porque sea susceptible de provocar una perturbación al orden público, sino porque compete con la actividad de uno de sus familiares o porque esta persona es un opositor político (CE, 16-11-1900, “Maugras”; CE, 3-4-91, “Cne de Basse-Pointe”). Menos grave, pero no menos ilegal, es la hipótesis en la que la autoridad administrativa utiliza su competencia para un fin de interés general sobre la que no tiene competencia, porque es competente otra autoridad administrativa (por ejemplo, CE, 23-3-88, “Ville de Puteaux”, p. 130: municipio que utiliza recursos de asistencia social para compensar un incremento de impuestos).

Sin embargo, rara vez se mantiene porque es difícil de establecer: la mayoría de las veces el autor del acto motivará su decisión con razones aparentemente válidas y sólo cuando el juez comprueba que estas razones no son válidas aparece la verdadera finalidad. La desviación de poder resulta, por tanto, de la ausencia de otros motivos legales, lo que constituye en sí mismo una causa de anulación (ilegalidad relativa a los motivos). La anulación por desviación de poder es, por tanto, excepcional y en cierto modo disciplinaria.

**Art. 4º Control de facultades discrecionales:**

- (1) Cuando la administración haya ejercido facultades discrecionales, el tribunal examinará especialmente:
  - a) Si la acción u omisión administrativa ha excedido los límites del poder discrecional;
  - b) Si se ha actuado conforme a la finalidad establecida en la norma que otorga la facultad;
  - c) Si han sido vulnerados derechos fundamentales o principios, como el de igualdad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, buena fe y protección de la confianza legítima.
- (2) También se controlará la falta de ejercicio de una facultad discrecional.

**Art. 5º Control de la planificación.** En caso de actos o reglamentos de planificación u otros en los que deban valorarse múltiples intereses, el tribunal debe controlar si el acto o reglamento se adecua a las leyes y, especialmente, si está justificado y si la autoridad administrativa no ha incurrido en faltas de ponderación en cuanto a los bienes jurídicos, derechos e intereses, que están en juego. Son vicios de ponderación su falta de ejercicio o déficit, la no inclusión de bienes e intereses relevantes, la atribución de una importancia inadecuada a determinados bienes o intereses (evaluación deficiente de bienes e intereses) y la falta de proporcionalidad en la ponderación global.

## **1. Introducción**

Como recuerda el artículo 1.1 del Código Modelo: “La jurisdicción administrativa tiene la misión de controlar la legalidad de la actuación administrativa y de proteger y hacer efectivos los derechos subjetivos e intereses legítimos”. Es en este contexto que se introduce el Capítulo 2 del Título I, dedicado a la intensidad del control, que contiene tres artículos: los dos aquí comentados y el artículo 3º, que define el objeto del control de la legalidad de la actuación administrativa. Los artículos 4º y 5º son las disposiciones que precisan la intensidad de este control de legalidad; se trata, sin embargo, de disposiciones de naturaleza bastante diversa, ya que el artículo 4º se aplica a todas las categorías de

actos administrativos, mientras que el artículo 5º se aplica a una categoría muy específica, la de los actos de planificación o similares.

El propio título del Capítulo 2 varía entre las versiones lingüísticas del Código Modelo. Mientras que las versiones francesa e italiana utilizan las palabras *étendue* y *estensione* de control, literalmente “la extensión del control”, las versiones española (intensidad del control) y portuguesa (*intensidade...*), así como la inglesa (*intensity...*) y la alemana (*Kontrolldichte*), utilizan un término más preciso que corresponde a la idea de que el juez administrativo puede ejercer un control más o menos profundo, que va desde la simple censura del error material hasta la del error manifiesto de apreciación, o incluso hasta el pleno control de la proporcionalidad, según la terminología utilizada por el gran experto en contencioso administrativo René Chapus<sup>6</sup>. Cabe señalar también que el título del artículo 3º en español, “el alcance del control” (que corresponde más bien a “el objeto del control” en francés), va más allá de la noción de intensidad, y que los artículos 4º y 5º, en cambio, contienen una serie de precisiones relativas a la propia intensidad del control ejercido por el juez. La diferencia entre los artículos 3º, por un lado, y 4º y 5º, por otro, justifica el uso de la palabra *étendue* (alcance), y *estensione* (extensión) para este capítulo en las versiones francesa e italiana, respectivamente.

Las disposiciones aquí comentadas son notables porque codifican una serie de elementos que son relativamente raros en la tradición de los códigos de justicia administrativa. Aparte del artículo 114, *Überprüfung von behördlichen Ermessensentscheidungen* (*Revisión de las decisiones discrecionales de las autoridades públicas*) del Código de Procedimiento Administrativo alemán (VwVfG)<sup>7</sup>, en los demás países europeos que conocemos las disposiciones aquí comentadas son, por

<sup>6</sup> CHAPUS, René, *Droit Administratif général*, 15ª ed., LGDJ, Paris, 2001, ps. 1055 y ss.

<sup>7</sup> “En la medida en que la autoridad administrativa esté autorizada a actuar de forma discrecional, el tribunal examinará también si el acto administrativo o la denegación u omisión del acto administrativo es ilegal porque se han sobrepasado los límites legales de la discrecionalidad o ésta se ha ejercido de forma que no corresponde a la finalidad de la autorización. La autoridad administrativa también puede completar sus consideraciones discrecionales con respecto al acto administrativo en los procedimientos judiciales administrativos”.

lo general, fruto de la jurisprudencia sintetizada por la doctrina<sup>8</sup>. El artículo 3º contiene elementos que, a veces, se codifican en la ley, o incluso en la Constitución, y hasta en los tratados de la Unión Europea, de los cuales el artículo 263, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se considera a menudo una codificación de la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado francés, relativa a los casos en que se puede interponer un recurso por exceso de poder<sup>9</sup>.

## 2. Control judicial de los actos individuales y reglamentarios

Es especialmente destacable que el artículo 4º –al igual que el anterior, artículo 3º– se aplica a todas las categorías de actos administrativos, tanto individuales como reglamentarios<sup>10</sup>.

En efecto, existen importantes diferencias entre los sistemas de Derecho Administrativo en cuanto a la noción misma de acto administrativo y, por tanto, en cuanto al objeto de control de este último. Esta noción incluye todas las decisiones por las que la administración aplica el Derecho a una situación particular, que afecta a una persona física o jurídica o a una categoría limitada e identificable de personas, lo que en Derecho francés se denomina *acte administratif unilatéral individuel* (acto administrativo unilateral individual). La categoría del *Verwaltungsakt* alemán no abarca los actos de alcance general adoptados por

<sup>8</sup> Para material comparativo sobre el tema, véase PÜNDER, Hermann y KLAFFKI, Anika, *Grounds of Review and Standard of Review*, en BACKES, Chris y ELIANTONIO, Mariolina, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, Hart, Oxford, 2019, ps. 441-553.

<sup>9</sup> Compárense las disposiciones del art. 263.2, del TFUE: “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder”, con las del art. 3º del Código Modelo: “El control de la legalidad engloba tanto vicios de competencia, de procedimiento y de forma (legalidad formal o externa) como de contenido (legalidad material o interna). El control del contenido se refiere al examen tanto de la fundamentación jurídica del acto individual y del reglamento como de sus presupuestos fácticos y de la calificación jurídica de los hechos. También se verificará si la administración ha incurrido en desviación de poder”.

<sup>10</sup> Para las consecuencias procesales de la distinción entre actos individuales y reglamentarios, véanse los arts. 19 (competencia territorial), 20 (reenvío preliminar de legalidad) y 34 (plazo) del Código Modelo.

la administración o el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes. Por el contrario, el acto reglamentario se considera un acto administrativo unilateral en el Derecho francés con todas las consecuencias que se derivan de esta asimilación. Los *Verordnung* o la *Satzung* alemanes tienen un régimen jurisdiccional muy diferente al de los *Verwaltungsakte*. El Derecho francés va más lejos, ya que los contratos también se consideran como actos administrativos, no unilaterales, sino bilaterales o multilaterales. En realidad, estas diferencias no se basan tanto en las distintas concepciones teóricas de lo que es el Derecho Administrativo; ellas tienen por origen a la organización de los tribunales y a la voluntad de éstos de ampliar al máximo sus competencias, a falta de una definición legislativa de las mismas. El Consejo de Estado francés estableció, durante el siglo XIX, los contornos de su competencia, que se extiende no sólo al control de los actos unilaterales de la administración –actos individuales y reglamentarios– sino también al control de los contratos que celebra con los particulares y a las cuestiones patrimoniales. Será muy importante en la aplicación del Código Modelo tener una concepción clara de la extensión de la competencia del juez administrativo. Es cierto que el artículo 3° especifica que “El control del contenido se refiere al examen tanto de la fundamentación jurídica del acto individual y del reglamento...”, pero el Código Modelo no especifica el alcance del concepto de reglamento.

El artículo 5°, en cambio, se aplica a una categoría muy específica de actos reglamentarios, a saber, los actos de planificación o similares. También en este caso cabe señalar que el título del artículo difiere según las versiones lingüísticas: las versiones alemana (*Kontrolle von Planfeststellungen*), española (*Control de la planificación*), italiana (*Controllo della pianificazione*) y portuguesa (*Controle da planificação*) destacan que la disposición se aplica esencialmente a los actos de planificación, mientras que la versión francesa (*Contrôle des actes de planification ou des actes affectant des intérêts multiples*) subraya que su ámbito de aplicación es en realidad mucho más amplio que la planificación. En lo que respecta a los actos administrativos individuales, la mayoría de las autorizaciones afectan en realidad a intereses múltiples, ya sea autorizaciones de obras, que afectan sobre todo a los vecinos, o autorizaciones para el ejercicio de una actividad profesional, que afectan

a posibles competidores y clientes. En lo que concierne a los actos reglamentarios, puede decirse incluso que su propia naturaleza de actos de aplicación general afecta a intereses múltiples. También en este caso será muy importante en la aplicación del Código Modelo tener una concepción clara de la extensión de la competencia del juez administrativo.

### **3. El ejercicio del poder discrecional y la prohibición de la arbitrariedad y la mala fe**

Los dos artículos comentados enumeran una serie de criterios del control del ejercicio del poder discrecional de la administración. Se trata de una lista no exhaustiva (el tribunal examinará/debe controlar especialmente), por lo que el juez puede añadir otros criterios de revisión, pero parece que la revisión de todos estos criterios es obligatoria.

El artículo 4.1.a, subraya, en primer lugar, que el juez administrativo debe revisar “Si la acción u omisión administrativa ha excedido los límites del poder discrecional”. El Código Modelo no ofrece una definición de poder discrecional, como tampoco lo hacen otros códigos de justicia administrativa o de procedimiento administrativo. Es un término utilizado por la doctrina y la jurisprudencia. Merece la pena citar la siguiente definición del profesor Chapus, sobre todo porque el artículo 4º recoge la “interdicción de la arbitrariedad” como uno de los criterios de control.

Tradicionalmente, la expresión “poder discrecional” es de lo más habitual en el lenguaje de la doctrina. Está presente en la terminología de la jurisprudencia. No es, sin embargo, el término más adecuado, en la medida en que un poder tan calificado puede parecer cercano a un poder arbitrario. Sin embargo, el poder discrecional de las autoridades administrativas no es más que el poder de elegir entre dos decisiones o dos comportamientos (al menos dos) igualmente conformes a la legalidad<sup>11</sup>.

La noción de “poder discrecional” sólo puede entenderse por oposición a la de “competencia vinculada”, que Chapus define como “la situación en la que se encuentra la autoridad administrativa cuando

<sup>11</sup> CHAPUS, ob. cit., ps. 1057-1058.

no tiene ninguna posibilidad de elección. Cuando la autoridad administrativa se encuentra investida de una competencia vinculante, su comportamiento le es dictado: como consecuencia de la *constatación* de ciertos hechos, está obligada a decidir y sólo puede decidir en una dirección determinada”<sup>12</sup>. Puede añadirse que la autoridad tiene siempre un margen mínimo de apreciación o poder discrecional, a saber, la elección del momento de la decisión, entendiéndose que una demora excesiva o una decisión precipitada pueden ser sancionadas por el juez especialmente en base al control de igualdad y buena fe, mencionado en el artículo 4.c.

La interdicción de arbitrariedad, igualmente mencionada en el artículo 4.c, es un principio fundamental del Estado de Derecho, que va mucho más allá de la actuación de las autoridades administrativas y vincula a todos los poderes públicos, ya sean el Ejecutivo y la administración, el legislador, el juez o las autoridades independientes. Si bien la interdicción de arbitrariedad se considera generalmente en relación con la interdicción de la discriminación<sup>13</sup>, también se la define como la interdicción de ejercer una facultad sin fundamento jurídico o fáctico, lo que reenvía a todos los demás criterios de control judicial de la administración.

En cuanto a la ausencia de base fáctica, no se trata de una mera observación técnica: en muchos ordenamientos jurídicos se considera que el control judicial se aplica no sólo a la existencia de los hechos, sino sobre todo a su calificación jurídica (véase el apartado 1 del art. 3º del Código Modelo), es decir, a la identificación de las consecuencias jurídicas de una situación de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legislativas y reglamentarias, así como a la jurisprudencia que le son aplicables. Todo esto está implicado en la redacción del artículo 4º y, en particular, en la interdicción de la arbitrariedad.

Como señalan Pünder y Klafki, el Derecho alemán distingue entre el “margen de interpretación” (*Beurteilungsspielraum*) administrativo de los “conceptos jurídicos indeterminados” (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) y el “poder discrecional” (*Ermessen*) de elegir entre distintas

<sup>12</sup> *Idem*, ps. 1058-1059.

<sup>13</sup> Véanse, por ejemplo, los arts. 37, 65 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y las “referencias legislativas” en el art. 4º de la versión española del Código Modelo.



acciones<sup>14</sup>, conceptos que se encuentran en los artículos 3º y 4º del Código Modelo. Por lo tanto, “en lo que respecta a las consecuencias jurídicas, la discrecionalidad administrativa se reconoce generalmente sólo cuando la ley ofrece explícitamente una opción de acción a la administración (normas que contienen, por ejemplo, ‘puede’ o ‘debe’). En este caso, los tribunales sólo pueden controlar la decisión respecto a los ‘errores discrecionales’ (*Ermessensfehler*) (art. 114 del Código de Procedimiento Administrativo de los Tribunales)”<sup>15</sup>. El artículo 4º del Código Modelo va, pues, más allá del artículo 114 del Código alemán.

En la jurisprudencia del TJUE no existe una definición de poder discrecional, sino una diferenciación según las materias. Por ejemplo, en el caso de los derechos de los funcionarios de las instituciones de la UE, el Tribunal lleva a cabo una revisión bastante exhaustiva de las decisiones, mientras que en el caso de las ayudas estatales, la jurisprudencia suele señalar que el Tratado confiere a la Comisión Europea un poder discrecional, cuyo ejercicio implica complejas evaluaciones económicas y sociales que deben realizarse en un contexto comunitario. La jurisprudencia añade que el control debe limitarse a verificar el cumplimiento de las normas de procedimiento, la suficiencia de la motivación, la exactitud material de los hechos, la ausencia de error manifiesto de apreciación y la desviación de poder<sup>16</sup>. Sin embargo, en la sentencia “Tetra-Laval” de 2002, el Tribunal aclaró el alcance de este control.

Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sos-

<sup>14</sup> PÜNDER y KLAFKI, ob. cit.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 15-5-97, “Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD) c/Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania”, Asunto C-355/95 P, ECLI:EU:C:1997:241.

tener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado<sup>17</sup>.

El artículo 4.2 del Código Modelo establece: “También se controlará la falta de ejercicio de una facultad discrecional”. Se trata de un principio que no suele estar explicitado en los códigos de justicia administrativa. Este principio se encuentra en la definición de poder discrecional del artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo alemán (VwVfG): “Cuando la autoridad esté facultada para actuar de acuerdo con su discreción, ejercerá su discreción de acuerdo con el propósito de la habilitación y cumplirá con los límites legales de la discreción”. La literatura jurídica alemana utiliza la expresión *Ermessensausfall* (pérdida de discrecionalidad).

La obligación de ejercer un poder discrecional es objeto de una antigua jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que fue aclarada, en particular, en lo que respecta a los efectos de las circulares y líneas directrices emitidas por la autoridad administrativa por la sentencia del *Crédit Foncier de France* de 1970<sup>18</sup>. Como suele ocurrir en la jurisprudencia del Consejo de Estado, está implícito que se afirma la obligación de ejercer el poder discrecional.

Para denegar la indemnización a que se refiere el artículo 6º del Reglamento General de 27 de abril de 1946, la Comisión Nacional se remitió a las normas contenidas en una de sus propias directivas, mediante las cuales entendía, *sin renunciar a su poder de apreciación* [...] definir las directrices generales de las intervenciones del fondo [...] que la señora Gaupillat y la señora Ader no invocan ninguna particularidad de su situación con respecto a las normas mencionadas, ni ninguna consideración de interés general que justifique una excepción a las mismas y fue derogada y que la Co-

<sup>17</sup> TJUE, sentencia de la Gran Sala de 15-2-2005, “Comisión de las Comunidades Europeas *c/Tetra Laval BV*”, Asunto C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, punto 39.

<sup>18</sup> Consejo de Estado francés, sentencia del 11-12-70, “*Crédit foncier de France c/Mlle Gaupillat et Mme Ader*”, disponible en <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-11-decembre-1970-credit-foncier-de-france-c-mlle-gaupillat-et-mme-ader>.

misión Nacional habría omitido examinar; tampoco sostienen que la directiva en cuestión habría desconocido los objetivos previstos en el momento de la creación del fondo nacional de mejora de la vivienda; que, en estas condiciones, tal referencia no vicia la decisión de denegación con un error de derecho.

Esta jurisprudencia es un claro recordatorio de que el problema de la falta de ejercicio del poder discrecional debe situarse en el contexto más general de las indicaciones dadas por el titular del poder reglamentario en cuanto a los criterios que deben observarse en el ejercicio de la potestad decisoria individual. Por lo tanto, el juez debe realizar un examen exhaustivo de las normas obligatorias y de las normas de Derecho flexible aplicables en un caso determinado.

#### **4. Control de conformidad con la finalidad de la ley**

De acuerdo con el artículo 1.1, del Código Modelo, según el cual: “La jurisdicción administrativa tiene la misión de controlar la legalidad de la actuación administrativa...” y con el artículo 3.1, del mismo: “El tribunal controla [...] tanto vicios de competencia, de procedimiento y de forma (legalidad formal o externa) como de contenido (legalidad material o interna)”, el artículo 4.1.b, destaca que para los actos discrecionales el juez controla “Si se ha actuado conforme a la finalidad establecida en la norma que otorga la facultad”.

Recordemos que el control de la legalidad no se limita al ejercicio del poder discrecional, y que incluso en el caso de competencia vinculada, el juez debe, en su caso, realizar un control de la legalidad. Podría argumentarse que, por otro lado, en tal caso no sería necesario revisar el cumplimiento de la finalidad, ya que por definición la autoridad administrativa no tiene que hacer una elección. Pero ésta es una visión simplista tanto de la actividad administrativa como de su control judicial. Los debates que se están desarrollando actualmente sobre el uso de la inteligencia artificial por parte de las autoridades administrativas son especialmente interesantes a este respecto. Mientras que la mayor parte del debate se centra en si la inteligencia artificial puede utilizarse para tomar decisiones discrecionales, los avances prácticos de su uso se refieren en gran medida a las actividades

de competencia conexa, centrándose la cuestión en la calificación jurídica de los hechos<sup>19</sup>.

La insistencia en la conformidad con la finalidad de la ley es esencial para evitar la desviación de poder (véase el art. 3.1) del Código Modelo. De nuevo, vale la pena citar la definición de desviación de poder de Chapus.

El examen de la legalidad interna de un acto administrativo no ha concluido cuando se ha tenido en cuenta su contenido y sus motivos. Queda por ver con qué propósito se hizo. No hay que confundir los motivos y la finalidad del acto. Mientras que los primeros son datos objetivos, la finalidad es un dato subjetivo, de carácter psicológico: apreciar la finalidad con vista a la cual la autoridad administrativa ha actuado, es buscar cuáles fueron sus motivos, su intención o, si se puede decir, qué tenía en mente<sup>20</sup>.

El Consejo de Estado francés comenzó a controlar el abuso de poder en época temprana, con una decisión del año 1864, “Lesbats”<sup>21</sup>. Por decisiones del 25 de junio de 1862 y del 16 de septiembre de 1862, el prefecto de Seine-et-Marne había concedido a una sola compañía el permiso para estacionar en el patio de llegada de la estación de Fontainebleau. El objetivo de esta decisión era garantizar la ejecución de un contrato entre la compañía ferroviaria y la empresa de ómnibus. A otra empresa de transporte se le denegó el estacionamiento en la estación y recurrió. El Consejo de Estado señaló que la ley de 1846 otorgaba a los prefectos el derecho a regular la entrada, el estacionamiento y la circulación de coches públicos o privados en los patios de las estaciones de ferrocarril, pero sólo con el fin de ejercer “un interés de policía y de servicio público”, por lo que anuló las decisiones impugnadas, que tenían otra finalidad. Esta sentencia no sólo es interesante porque es la primera que anula por este motivo,

<sup>19</sup> Véase CORVALÁN, Juan Gustavo y GALETTA, Diana-Urania, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?*, en *Federalismi.it*, N° 3/2019, ps. 1-23.

<sup>20</sup> CHAPUS, ob. cit., p. 1048.

<sup>21</sup> Consejo de Estado francés, sentencia del 25-2-1864, “Lesbats”, disponible en <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-25-fevrier-1864-lesbats-rec-p-210/>.

sino también porque no se refería a la satisfacción de un interés privado del prefecto o del ministro de Obras Públicas. De hecho, siempre siguiendo a Chapus<sup>22</sup>, se pueden distinguir dos categorías de abuso de poder.

El primero es el uso de los poderes para asuntos privados. En la jurisprudencia del Consejo de Estado francés se han anulado sobre todo los actos de las autoridades locales como, por ejemplo, la limitación de circulación frente a una casa para satisfacer al propietario de la misma, o la creación de puestos de trabajo públicos para dar ventajas en la carrera a determinado personal. Sin embargo, también existen en la jurisprudencia casos de desviación de poder por parte de las más altas autoridades del Estado, el más conocido es el caso “Bréart de Boisanger”, con dos sentencias, del 27 de octubre de 1961 y del 1º de diciembre del mismo año<sup>23</sup>, relativas al despido por parte del ministro de Cultura André Malraux del administrador (que era diplomático) de la *Comédie française* (un teatro de propiedad estatal en París) para poder sustituirlo por un actor que le gustaba al ministro. Los casos que entran en esta categoría de desviación de poder son, afortunadamente, poco frecuentes en la jurisprudencia francesa.

La segunda categoría, ilustrada por la citada sentencia “Lesbats”, es aquella en la que la autoridad administrativa decide para satisfacer un interés público, pero distinto de aquel para el que la ley otorga la facultad de decidir. Hay muchos ejemplos, también en la jurisprudencia administrativa francesa, de esta segunda categoría. A menudo se trata de la utilización del poder reglamentario a nivel nacional o local para eludir los efectos negativos sobre el interés público de una sentencia que ha pasado a ser cosa juzgada o para pagar una indemnización a las categorías de contribuyentes perjudicados por el sistema fiscal en vigor. También hay muchos casos en los que se favorecen intereses financieros del municipio, permitiéndole aumentar su presupuesto, sin que los administradores locales obtengan ningún beneficio personal.

<sup>22</sup> CHAPUS, ob. cit., ps. 1049-1055.

<sup>23</sup> Consejo de Estado francés, *Le juge administratif, juge de la fonction publique*, 2017, disponible en <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-juge-de-la-fonction-publique>.

El control del respeto de la finalidad de la ley implica para el juez un poder de interpretación bastante amplio de la propia ley en todos los casos en que ni el propio texto ni los trabajos preparatorios de la ley hayan especificado esta finalidad. Además, puede ocurrir que una autoridad pública adopte una decisión que persiga varios fines. En la jurisprudencia del Consejo de Estado, la noción de “finalidad principal” se utiliza para determinar si la decisión está o no viciada de desviación de poder: mientras la finalidad principal esté garantizada por la decisión, la presencia de otras finalidades, accesorias, no constituye desviación de poder. La categoría a la que se refiere el artículo 5° del Código Modelo, la de “actos o reglamentos de planificación u otros en los que deban valorarse múltiples intereses”, se adapta especialmente a la existencia de múltiples fines, que el juez debe tener en cuenta a la hora de ponderar los intereses.

El TJUE procede de manera similar, en particular cuando examina si las instituciones de la UE han elegido la base jurídica adecuada para un acto que puede ser, además, un acto legislativo o no legislativo. El Tribunal ha declarado reiteradamente que “la elección de la base jurídica de un acto de la UE debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que se encuentran, en particular, la finalidad y el contenido del acto”<sup>24</sup>. Como lo recuerda, por ejemplo, la abogada general Kokott, lo decisivo es el centro de gravedad del acto.

En principio, un acto normativo debe apoyarse en una sola base jurídica. Si el examen de un acto comunitario muestra que éste persigue un doble objetivo o que tiene un doble componente, dicho acto debe fundarse, conforme a la denominada jurisprudencia sobre el centro de gravedad del Tribunal de Justicia, en la base jurídica que exige el objetivo o componente principal o preponderante.

Sólo con carácter excepcional, si se demuestra que el acto persigue al mismo tiempo varios objetivos o tiene varios componentes, vinculados entre sí de modo indisoluble, sin que uno de ellos sea secundario e indirecto en relación con el otro, tal acto podrá fun-

<sup>24</sup> TJUE, sentencia de la Gran Sala de 26-11-2014, “Parlamento Europeo y Comisión Europea c/Consejo de la Unión Europea”, Asuntos acumulados C-103/12 y C-165/12, ECLI:EU:C:2014:2400, punto 51.

darse en las distintas bases jurídicas correspondientes, siempre que sus procedimientos respectivos sean compatibles<sup>25</sup>.

## **5. Respeto de los derechos fundamentales y del principio de igualdad**

El artículo 4º recuerda lo que debería ser evidente, es decir que el control judicial de la administración, tanto en el ejercicio del poder discrecional como en otras acciones, consiste en particular en verificar la aplicación de los derechos fundamentales y de una serie de principios, entre ellos el principio de igualdad, cuyo respeto se considera en la mayoría de los ordenamientos jurídicos como un derecho fundamental.

El respeto de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos es una de las características del Estado de Derecho, raramente indicada en los códigos de la justicia administrativa por la razón de que generalmente resulta de disposiciones explícitas de la propia Constitución y, en particular, de la existencia de un catálogo de derechos fundamentales. La ausencia de este catálogo no significa que los derechos fundamentales no estén protegidos, en particular, para los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>26</sup> y del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>27</sup>. En lo que se refiere al CEDH, cabe señalar que, a pesar de la letra del artículo 6.1, que parece limitar el derecho a un juicio justo a los tribunales civiles y penales<sup>28</sup>, tanto

<sup>25</sup> TJUE, conclusiones del 26-6-2008 antes de la sentencia del Tribunal de Justicia, "Parlamento Europeo c/Consejo de la Unión Europea", Asunto C-155/07, ECLI:EU:C:2008:368, puntos 66 y 67.

<sup>26</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos el 22-11-69 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigor el 18-7-78.

<sup>27</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4-11-50 y entró en vigor en 1953.

<sup>28</sup> CEDH, art. 6.1: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella..."

la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la de los tribunales administrativos de los Estados miembros del Consejo de Europa consideran que el conjunto del CEDH debe ser aplicado por el juez administrativo en toda circunstancia, incluido precisamente el artículo 6° sobre el derecho a un juicio equitativo.

El artículo 4° del Código Modelo sólo menciona un derecho fundamental, además calificado como principio: la igualdad. Se trata de un principio esencial del Estado de Derecho, proclamado en el artículo 1° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden basarse en el bien común”. Esta formulación fue recogida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 1°, primera frase: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. La mayoría de las Constituciones modernas recogen este derecho, aunque no aparezca necesariamente a la cabeza de la lista de derechos fundamentales, como ocurre en la Constitución española, artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por lo tanto, no es sorprendente que el principio de igualdad no se mencione expresamente en los códigos de justicia administrativa. Por otro lado, existe una abundante cantidad de jurisprudencia administrativa en materia de igualdad y la interdicción de la discriminación.

El principio de igualdad ha desempeñado un papel especialmente importante en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés desde principios del siglo XIX. La jurisprudencia refleja la evolución de la sociedad: por ejemplo, en 1936 el Consejo de Estado todavía dedujo que “si las mujeres están legalmente capacitadas para los puestos de trabajo en las administraciones centrales de los ministerios, corresponde al gobierno, en virtud del artículo 16 de la ley de 29 de diciembre de 1882, modificado por el artículo 35 de la ley de 13 de abril de 1900 establecer mediante reglamentos de la administración pública las normas relativas a la contratación y promoción del personal de estas administraciones, y decidir, en consecuencia, en esta ocasión, si razones de servicio exigen, en un ministerio, restricciones a la admisión y



promoción del personal femenino”<sup>29</sup>. En cambio, en 1954 anuló la negativa a inscribir a un determinado número de candidatos al concurso de acceso a la *École Nationale d’Administration*, precisando que “si corresponde al Secretario de Estado [...] apreciar, en interés del servicio, si los candidatos presentan las garantías requeridas para el ejercicio de las funciones [...] y si puede, a este respecto, tener en cuenta hechos y manifestaciones contrarias a la reserva que deben observar estos candidatos, no puede, sin desconocer el principio de igualdad de acceso de todos los ciudadanos franceses a los cargos y funciones públicas, excluir a un candidato de dicha lista únicamente por sus opiniones políticas”<sup>30</sup>. Se trata de una sentencia especialmente importante porque en aquel momento no existía la obligación de motivar los actos negativos y el Consejo de Estado dedujo de la negativa del gobierno a explicar su decisión al juez que el demandante tenía razón al indicar que su pertenencia al Partido Comunista era la causa de su exclusión del concurso. Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado contiene una gran cantidad de jurisprudencia relativa a la igualdad ante las cargas públicas, que se deriva de su competencia en materia de responsabilidad de las autoridades públicas; debe subrayarse que, aunque el contencioso sobre la responsabilidad es en parte distinto del contencioso de anulación, se activa a partir de una decisión negativa de la administración sobre una demanda de indemnización, que es una decisión discrecional, salvo en los raros casos en que la ley prevé la indemnización de un determinado tipo de daños<sup>31</sup>.

En algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán, se distingue entre los derechos fundamentales –en este último caso, garantizados por los artículos 1º a 19 de la Ley Fundamental de 1949– y los derechos constitucionales –en Alemania, por ejemplo, la igualdad ante la ley y

<sup>29</sup> Consejo de Estado francés, fallo plenario del 3-7-1936, “*Demoiselle Bobard et autres*”, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637156/>.

<sup>30</sup> Consejo de Estado francés, sentencia del 28-5-54, “*Barel*”, disponible en <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-28-mai-1954-barel>.

<sup>31</sup> Por ejemplo, la Ley 68-943, de 30-10-68, sobre responsabilidad civil en el ámbito de la energía nuclear, parcialmente derogada en 2012.

la igualdad de acceso a los cargos públicos garantizados por el artículo 33 (1 a 3) de la Ley Fundamental—. Sería erróneo extraer consecuencias particulares para el control del tribunal administrativo de esta distinción esencialmente nominal. Esto es también lo que se desprende de la comparación de las diferentes versiones lingüísticas del artículo del Código Modelo, que se refiere a “*droits et principes fondamentaux*” en francés y a “*Grundrechte oder Grundsätze*” en alemán, mientras que la versión española dice “derechos fundamentales o principios” y la versión portuguesa menciona “*direitos fundamentais ou princípio*”; de ello se desprende que, al igual que en la versión inglesa, “*fundamental rights or principles*”, debe entenderse que el adjetivo “fundamental” se aplica tanto a los “derechos” como a los “principios”.

La comparación de estas versiones lingüísticas es especialmente útil en este caso porque demuestra que el juez administrativo tiene bastante libertad para determinar qué derechos y principios deben respetarse necesariamente en el control de los actos discrecionales, y cuáles son los derechos y principios menores que el juez considera precisamente objeto del principio de discrecionalidad. Aquí encontramos una distinción conocida por muchos sistemas jurídicos entre la violación de “formas sustanciales”, que conduce a la anulación de los actos que no los respetan, y los simples vicios de procedimiento, que pueden corregirse en el curso del proceso judicial. Para ser más precisos, también hay que recordar que no existe la anulación de los actos administrativos por razones de procedimiento en el caso de la competencia vinculada (teoría de los medios inoperantes). En la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, la violación de una formalidad sustancial conduce a la anulación. Una formalidad impuesta por la ley—como la obligación de motivar las decisiones desfavorables o el derecho a un procedimiento contradictorio— es necesariamente una formalidad sustancial. Las formalidades impuestas por decreto se examinan caso por caso: el acto administrativo sólo se anula si se puede demostrar que el defecto de procedimiento ha influido en el fondo de la decisión, a menos que—como se ha mencionado anteriormente— no se considere posible otra decisión administrativa. La obligación de la administración de motivar sus decisiones, la competencia del funcionario que toma la decisión administrativa, así como el derecho a un

procedimiento contradictorio ante una decisión administrativa desfavorable, se consideran tales garantías procesales esenciales y, por tanto, su observancia como derechos “fundamentales”<sup>32</sup>.

Este enfoque ha inspirado el Derecho de la Unión Europea: el artículo 263, párrafo 2º, del TFUE cita los “vicios sustanciales de forma” como criterio para la revisión de los actos de las instituciones. Según la jurisprudencia del TJUE, los requisitos procesales esenciales son normas de procedimiento para garantizar que las medidas se formulen con el cuidado necesario. Según la jurisprudencia, una violación de forma sustancial debe ser detectada por el tribunal de oficio, aunque el demandante no la mencione<sup>33</sup>. Entre los incumplimientos de forma que se consideran sustanciales se encuentran la violación por parte de una institución de su reglamento interno, la ausencia de motivación, la ausencia del respeto a los derechos de la defensa o la falta de consulta a una institución u órgano cuando así lo prevé la legislación aplicable<sup>34</sup>.

En Alemania, según la doctrina jurídica tradicional, las normas de procedimiento son meramente funcionales al fondo de las decisiones administrativas (*dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens*) y sólo los errores graves dan lugar a la anulación “si es evidente que la infracción no ha influido en la decisión sobre el asunto” (art. 46, VwVfG). Es notable que sólo Alemania haya codificado las consecuencias de los errores procesales. Todos los sistemas jurídicos encuentran un equilibrio entre la protección de las garantías procesales y la necesidad de recursos eficaces y rápidos<sup>35</sup>, generalmente a través de la jurisprudencia.

## **6. Control de proporcionalidad, ponderación de intereses y confianza legítima**

Además de la igualdad, el artículo 4.1.c, del Código Modelo señala,

<sup>32</sup> PÜNDER y KLAFKI, ob. cit.

<sup>33</sup> TJUE, sentencia de la Gran Sala de 10-7-2008, “Bertelsmann AG y Sony Corporation of America c/Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)”, Asunto C-413/06, ECLI:EU:C:2008:392, punto 174.

<sup>34</sup> PÜNDER y KLAFKI, ob. cit.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

entre los principios fundamentales de los que es responsable el juez administrativo, los de “proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad [ver *supra*, 3], buena fe y protección de la confianza legítima”.

### 6.1. *El principio de proporcionalidad y la ponderación de intereses*

El respeto del principio de proporcionalidad en la adopción de actos discrecionales está indisolublemente ligado a la ponderación de intereses a que se refiere el artículo 5° del Código Modelo. Hay que hacer varias observaciones al respecto.

En primer lugar, el propio término “proporcionalidad” puede concebirse de diferentes maneras. No está claro que el control del ejercicio del poder discrecional sea siempre necesariamente un control de proporcionalidad en el sentido más comúnmente utilizado desde finales de la segunda mitad del siglo XX.

Parte de la doctrina francesa distingue, a partir del análisis de la casuística ante el Consejo de Estado, entre el control de la “adecuación” de la decisión a su finalidad y la proporcionalidad de la misma. Así, Frier y Petit<sup>36</sup> distinguen entre, por un lado, el control de la calificación jurídica de los hechos en relación con las condiciones fijadas por el Poder Legislativo o reglamentario y, por otro, la “adecuación” del contenido del acto a dichas condiciones. La adecuación no es controlada por el juez en determinadas situaciones, por lo que permite a la administración decidir en función de la oportunidad. Por ejemplo, cuando un funcionario ha cometido una falta, su superior puede optar por sancionarlo o no, siempre que no discrimine entre los funcionarios que han cometido la misma falta. En un segundo estadio de control, existe un “control limitado de adecuación” cuando el legislador o el poder reglamentario deja la decisión de actuar o no a la autoridad administrativa. Por ejemplo, como el Código de Urbanismo francés permitía a la administración denegar un permiso de construcción que atentara contra un solar, pero no la obligaba a hacerlo, el juez sólo anulaba el permiso si era “manifiestamente perjudicial” para el solar, es decir, obviamente perjudicial sin necesidad de un examen más pro-

<sup>36</sup> FRIER, Pierre Laurent y PETIT, Jacques, *Droit Administrative*, 15ª ed., LDGJ, Paris, p. 541.

fundo. En el estadio superior de control, el juez realiza un “control de adecuación máxima” que se refiere a la “proporcionalidad exacta” de las medidas. Se trata de un control que el juez administrativo francés ejerce en caso de riesgo de violación de las libertades fundamentales, en materia de policías especiales como la de extranjería, en materia de expropiación y en materia de sanciones profesionales disciplinarias<sup>37</sup>. Este análisis doctrinal puede compararse con la teoría alemana de la proporcionalidad, pero no es tan sistemático.

Sin duda alguna, la doctrina y la jurisprudencia alemanas son las que han desarrollado de manera más sistemática el control de la proporcionalidad. Fue con la sentencia “Kreuzberg” del *Preußisches Oberverwaltungsgerichts*, del 14 de junio de 1882, cuando se utilizó por primera vez el principio de proporcionalidad para el control de las medidas de policía. Posteriormente, la jurisprudencia aclaró los conceptos y elevó el principio de proporcionalidad a principio general del Derecho Administrativo y –de manera más general– al Derecho Público alemán. Tras un largo debate doctrinal, la jurisprudencia constitucional alemana identificó el fundamento jurídico del principio de proporcionalidad en el propio texto de la Constitución, con referencia tanto al principio del Estado de Derecho (*Rechtsstaatsprinzip*) del artículo 20 de la Ley Fundamental de 1949 como al artículo 19, párrafo 2º de la Ley Fundamental de 1949, y por tanto a la esencia de los derechos fundamentales. En el Derecho alemán, el principio de proporcionalidad resulta de la combinación de tres elementos diferentes reunidos por la jurisprudencia constitucional alemana en el principio de proporcionalidad *lato sensu* desde la famosa sentencia “Apothekenurteil” del Tribunal Constitucional Federal del 11 de junio de 1958<sup>38</sup>: la adecuación (*Geeignetheit*), la necesidad (*Erforderlichkeit*) y la proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismäßigkeit imgeren Sinne*) de la medida. Por lo tanto, el juez lleva a cabo una revisión en tres etapas<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> *Idem*, ps. 542-543.

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán BVerfGE 7, 377.

<sup>39</sup> Véase GALETTA, Diana-Urania, *Il principio di proporzionalità fra Diritto nazionale e Diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 29:6 (2019), ps. 903-927.

En primer lugar, la medida se considera adecuada si parece que permite atender el objetivo de la ley o el reglamento aplicable. En segundo lugar, la medida sólo puede considerarse necesaria para alcanzar un objetivo si no existe otro medio igualmente eficaz, pero que tenga un impacto negativo menor en la situación jurídica de la persona. Este concepto se resume a menudo con la frase “imposición de medidas más leves”. En tercer lugar, la proporcionalidad en sentido estricto implica que las autoridades públicas deben abstenerse de adoptar una medida que represente una carga excesiva a la persona afectada que le es intolerable. En otras palabras, el objetivo y los medios deben ser comparados y ponderados en su respectiva importancia. La consecuencia de una apreciación negativa de la proporcionalidad en sentido estricto es que las autoridades públicas deben abstenerse de adoptar la medida que es objeto del test de ponderación, aunque ya haya superado el test de adecuación y necesidad. El campo de aplicación del principio de proporcionalidad, que tiene su origen en el Derecho de policía, se extiende hoy a todas las medidas adoptadas por la administración pública en el ejercicio de sus funciones, tanto a los actos administrativos que tienen consecuencias jurídicas negativas para el destinatario como a los actos que tienen consecuencias positivas, especialmente en el caso de su revocación, como en el artículo 48.1 de la VwVfG<sup>40</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha retomado, adaptando a las características particulares del Derecho de la UE, el concepto alemán del control de proporcionalidad en tres etapas<sup>41</sup>. En cambio, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está muy influenciada por la redacción del CEDH: la mayoría de sus disposiciones establecen que las limitaciones de los derechos y libertades que protegen no son admisibles salvo que “constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y a la prevención del crimen, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”<sup>42</sup>. En su examen de las medidas adoptadas por las autoridades públicas de los Estados miembros, el

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> GALETTA, ob. cit., ps. 75-118.

<sup>42</sup> Por ejemplo, véase el art. 11.2 del CEDH sobre libertad de reunión y asociación.

Tribunal de Justicia distingue formalmente entre la necesidad de una medida y su proporcionalidad. Sin embargo, no hay que exagerar esta diferencia nominal con el control alemán de tres etapas. Dado que el CEDH protege los derechos y libertades fundamentales, el TEDH siempre realiza un control exhaustivo de la proporcionalidad en sentido estricto, como lo denomina la doctrina alemana; en cambio, tanto el juez administrativo alemán como el TJUE, en muchas ocasiones, sólo realizan una revisión del error manifiesto de apreciación de la proporcionalidad, especialmente en operaciones técnicamente muy complejas o en situaciones de emergencia.

La ponderación de intereses es, necesariamente, una operación en la que el juez sopesa diferentes intereses, en primer lugar el del destinatario de la medida en cuestión y el interés general o el interés público. El artículo 5º del Código Modelo destaca dos aspectos de esta ponderación. En primer lugar, como ocurre en particular en las operaciones de planificación, pero más ampliamente en todos los casos en que una medida tiene efectos sobre varias personas físicas y/o jurídicas distintas, el juez no puede limitarse a controlar la proporcionalidad de una medida de la administración pública en relación con la persona sobre cuya situación jurídica la medida tiene un impacto negativo. Este control debe realizarse en relación con el conjunto de personas afectadas: si la medida tiene más efectos positivos en relación con un determinado número de personas que negativos en relación con otras, el juez puede considerarla legítima. En segundo lugar, en su control de la conformidad de una medida con el interés general, el juez no puede conformarse con una definición abstracta del interés general por parte de él mismo o de la administración. En otras palabras, no basta con que la autoridad administrativa afirme que una medida sirve al interés general, es necesario que lo demuestre mediante una motivación adecuada que se refiera a los hechos del caso de cada medida.

Dado que los dos tribunales europeos (el TJUE y el TEDH) utilizan ampliamente el principio de proporcionalidad en su jurisprudencia, se constata un efecto de *spill-over* del Derecho europeo al Derecho de los Estados europeos<sup>43</sup>, en particular de los Estados miembros de la

<sup>43</sup> GALETTA, ob. cit., *supra* nota 39.

Unión Europea, incluido el Reino Unido, que fue miembro desde 1973 hasta 2020. No obstante, cabe señalar que la forma en que los distintos tribunales administrativos aplican el principio de proporcionalidad varía, al menos marginalmente, de país en país. En particular, el Consejo de Estado francés, que desde 1933<sup>44</sup> realizaba un control mínimo de la proporcionalidad de las medidas de policía, comenzó a controlar la relación coste-beneficio de muchas medidas de los poderes públicos de carácter esencialmente económico a partir de 1971<sup>45</sup>, mucho antes de adoptar el concepto de proporcionalidad del Derecho de la UE, que implica una ponderación de intereses más compleja<sup>46</sup>.

## 6.2. *El principio de la confianza legítima*

El principio de protección de la confianza legítima también tiene su origen en el Derecho alemán, donde se considera un principio fundamental para garantizar la seguridad jurídica. Aunque el principio de seguridad jurídica se considera en todos los sistemas como un elemento central del Estado de Derecho, las consecuencias que se extraen de él en los distintos países no son siempre las mismas. En el Derecho Penal se reconoce en todas partes el principio de irretroactividad de las penas más graves, mientras que en el Derecho Civil las normas sobre Derecho contractual son bastante variables.

En el Derecho Administrativo, el concepto de confianza legítima se desarrolló por primera vez en Alemania y se recogió en el Derecho europeo antes de traspasar al Derecho de los países europeos por un efecto *spill-over*, aunque con consecuencias diferentes. A diferencia del término proporcionalidad, que se utilizó en muchos ordenamientos jurídicos en formas muy diferentes antes de ser recogido por la juris-

<sup>44</sup> Consejo de Estado francés, sentencia del 19-5-1933, “Benjamin”, disponible en <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-mai-1933-benjamin>.

<sup>45</sup> Consejo de Estado francés, fallo plenario del 28-5-71, “Ville Nouvelle-Est”, disponible en <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-assembly-28-mai-1971-ville-nouvelle-est>.

<sup>46</sup> Véase el discurso del vicepresidente del Consejo de Estado francés: SAUVÉ, Jean-Marc, *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés*, 17-3-2017, disponible en [https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes#\\_ftn1](https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes#_ftn1).



prudencia europea, el término “confianza legítima” era raramente conocido, excepto en el Derecho alemán: *Vertrauensschutz*. El TJUE recogió este concepto en su jurisprudencia a partir de la sentencia de 5 de abril de 1979 en el caso 148/78, “Tullio Ratti”<sup>47</sup>, permitiendo que se invoque contra las autoridades de los Estados miembros para garantizar la eficacia de las directivas. A continuación, la retomó para la protección de las personas físicas y jurídicas contra los actos de las instituciones de la Unión.

El principio de confianza legítima se refiere, en particular, a dos tipos de situaciones: por un lado, la anulación, la retirada o la revocación de un acto administrativo individual o reglamentario y, por otro lado, la aplicación de una ley o de un reglamento contrario a la Constitución o a la ley. Según este principio, el juez protege a las personas que sufren efectos negativos por haber confiado erróneamente en normas jurídicas publicadas. Sin embargo, esta protección no es totalmente incondicional: como señala con frecuencia el TJUE, la confianza legítima sólo puede invocarse de forma útil si las garantías ofrecidas por los actos de las autoridades públicas son “precisas, incondicionales y coherentes, y emanan de fuentes autorizadas y fiables”; si son “de tal naturaleza como para dar lugar a una confianza legítima en la mente de la persona a la que se dirige”, y si son “conformes a las normas aplicables” al asunto en cuestión<sup>48</sup>.

## **7. Vínculos con el procedimiento administrativo (no contencioso) y su codificación**

Como se desprende de los párrafos precedentes, a menudo es difícil separar completamente los códigos de justicia administrativa y los códigos de procedimiento administrativo. Es en esto último donde el Poder Legislativo y reglamentario puede precisar mejor los principios y normas de conducta que las autoridades públicas deben observar en el ejercicio de su poder de decisión, especialmente cuando se trata de

<sup>47</sup> TJUE, sentencia del 5-4-79, “Procedimiento penal entablado c/Tullio Ratti”, Asunto 148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

<sup>48</sup> TJUE, sentencia de Primera Instancia (Sala Quinta) de 6-7-99, “Bo Forvass c/Comisión de las Comunidades Europeas”, Asunto T-203/97, ECLI:EU:T:1999:135.

un poder discrecional. Uno de los mejores ejemplos es el principio de motivación de las decisiones, que se desarrolló primero para las decisiones judiciales y luego se extendió gradualmente por la jurisprudencia y después por la legislación a las decisiones negativas de las autoridades administrativas. La motivación de las decisiones administrativas es una condición necesaria para que el juez pueda ejercer su control sobre las decisiones discrecionales, ya sea para permitirle ejercer su control sobre todos los elementos relevantes de la decisión, o simplemente para que las personas afectadas por la decisión puedan decidir si es útil o no emprender una acción judicial, como declaró el TJUE en particular en su sentencia “Heylens”<sup>49</sup> de 1987. Sin embargo, las consecuencias del incumplimiento de estas normas y principios se formulan mejor en los códigos de la justicia administrativa porque, en última instancia, es el juez quien puede proteger a los individuos en caso de violación.

La codificación del procedimiento administrativo ha experimentado un gran desarrollo en las últimas décadas. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 es ciertamente digna de mención, en particular por las normas relativas al dictado de actos reglamentarios y la jurisprudencia de los tribunales federales de los Estados Unidos de América derivada de ella, que es particularmente abundante. En Europa, las primeras codificaciones de 1925 en Austria y de 1958 no seguían principalmente una lógica de protección de los individuos, sino del funcionamiento de la administración. A partir de los años 70, en particular con el Código Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) alemán de 1976, y hasta el muy reciente Código de Relaciones entre el Público y la Administración francés de 2016, las codificaciones adoptaron un enfoque de protección de los derechos, cuya eficacia es sancionada por los códigos de justicia administrativa.

El Código Modelo ReNEUAL de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea es un intento, hasta el presente sólo de carácter académico, de codificar el procedimiento administrativo en el marco

<sup>49</sup> TJUE, sentencia del 15-10-87, “Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c/Georges Heylens y otros”, Asunto 222/86, ECLI:EU:C:1987:442.

de la Unión Europea<sup>50</sup>. No existe un código de justicia administrativa equivalente para los tribunales de la Unión Europea, pero para estos últimos puede ser útil remitirse al Reglamento de Procedimiento<sup>51</sup>, aunque no contenga los principios y normas directamente recogidos en los artículos 4º y 5º del Código Modelo.

<sup>50</sup> MIR, Oriol; HOFMANN, Herwig C. H.; SCHNEIDER, Jens-Peter; ZILLER, Jacques y otros (dirs.), *Código ReNEUAL de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015. Disponible en [https://www.google.com/çurl?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjwmfrlu5\\_zAhXKhf0HHYovDMgQFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.1inap.es%2Fdocuments%2F10136%2F1702085%2FPagInicia-C%2525c3%2525b3digo-ReNEUAL.pdf%2Ff9853dec-dce5-820a-8a76-038e38a60e06&usg=AOvVaw3oq8HFHhHmsmoy2KS0ne5d](https://www.google.com/çurl?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjwmfrlu5_zAhXKhf0HHYovDMgQFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.1inap.es%2Fdocuments%2F10136%2F1702085%2FPagInicia-C%2525c3%2525b3digo-ReNEUAL.pdf%2Ff9853dec-dce5-820a-8a76-038e38a60e06&usg=AOvVaw3oq8HFHhHmsmoy2KS0ne5d).

<sup>51</sup> Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, DO L. 265 de 29-9-2012, ps. 1/42, disponible en [http://data.europa.eu/eli/proc\\_rules/2012/929/o](http://data.europa.eu/eli/proc_rules/2012/929/o).



TÍTULO II  
LA ORGANIZACIÓN DE LA  
JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I  
LA INDEPENDENCIA DE LA  
JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA\*

- Art. 6°** *Independencia institucional y personal.* De conformidad con las disposiciones constitucionales, la jurisdicción administrativa es independiente. Ella goza de una independencia institucional y personal y su régimen jurídico asegurará la imparcialidad de los jueces.
- Art. 7°** *Independencia institucional.* La jurisdicción administrativa goza de autonomía administrativa y financiera en la medida que es necesario para asegurar su independencia.
- Art. 8°** *Independencia personal:*
- (1) Los jueces y magistrados de la jurisdicción administrativa son inamovibles y su independencia se encuentra asegurada por una remuneración justa y adecuada.
  - (2) Los jueces no recibirán órdenes en sus funciones jurisdiccionales.
- Art. 9°** *Juez natural.* La atribución de cada caso a los jueces competentes para decidirlo deberá corresponder a reglas predeterminadas y objetivas.
- Art. 10** *Decisiones en materia de personal y disciplinaria:*
- (1) La selección, la carrera y la disciplina de los jueces son confiadas a un órgano que garantice su independencia.

\* Arts. 6° a 12 comentados por PEDRO ABERASTURY.

(2) **La selección de los jueces y magistrados de la justicia administrativa se lleva a cabo a través de un proceso abierto, objetivo y transparente, fundado en la calificación técnica y la capacidad profesional. Este proceso se basa sobre el control y la responsabilidad del órgano citado en el párrafo anterior.**

**Art. 11 *Incompatibilidades.* Los miembros de la jurisdicción administrativa no pueden ejercer funciones incompatibles con su independencia ni conocer de causas en las cuales esté comprometida su imparcialidad.**

**Art. 12 *Jueces no profesionales.* Si la ley prevé la participación de jueces no profesionales en tribunales colegiados, debe asegurar su independencia y (su) capacidad. Los jueces profesionales deben ser mayoritarios en la formación de la sentencia.**

## **1. Introducción**

La principal misión de la justicia administrativa radica en el control de la legalidad de los actos del Estado, por lo que esta actividad sólo puede ser desarrollada en el marco de una justicia independiente de la persona a quien se controla, para preservar el derecho a la tutela judicial efectiva. Es por esta razón que el Código ha previsto incluir los caracteres esenciales que permiten asegurar la eficacia del sistema pues, de lo contrario, este control sólo será ficticio por aparente y no resultarán resguardados los derechos de las personas. Debido a la existencia de precedentes por parte de tribunales internacionales que han puesto de manifiesto la falta de garantías judiciales por no respetarse el rol y características que debe reunir el juzgador, se ha considerado necesaria su inclusión<sup>1</sup>.

Una justicia independiente es esencial para la vigencia del Estado de Derecho y ha sido reconocida por los tratados internacionales que protegen los derechos humanos. En consecuencia, más allá de lo que

<sup>1</sup> En este aspecto, el Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica difiere del que se comenta porque, conforme lo sostenido por el brillante jurista Jesús González Pérez, “El Código debe limitarse a la reglamentación del proceso administrativo, abstracción hecha de la organización judicial”. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y CASSAGNE, Juan Carlos, *La justicia administrativa en Iberoamérica*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 63.

refiere el Derecho Procesal Comparado sobre los requisitos del juez para asumir la causa como tal, basamos principalmente el estudio de esta normativa en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)<sup>2</sup> y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)<sup>3</sup>, cuya constitución y vigencia se han previsto, respectivamente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>4</sup> y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos<sup>5</sup>. Sus precedentes, sin entrar en la polémica sobre su obligatoriedad para los países signatarios, son indudablemente de gran trascendencia en la resolución de las controversias que se sustancien.

La independencia del magistrado debe estudiarse desde un punto de vista subjetivo, en cuanto a los requisitos que debe reunir como persona, y en forma objetiva, en relación con la actividad que desarrolle en la sustanciación del conflicto, habiéndose llegado a la conclusión de que es necesario que el magistrado deba gozar de mayores reaseguros que cualquier otro funcionario público; por ello los autores han incluido una serie de caracteres para remarcar la independencia del magistrado como recomendación para que las legislaciones los incluyan<sup>6</sup>, lo cual

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sede en San José, Costa Rica (Corte IDH).

<sup>3</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sede en Estrasburgo, Francia (TEDH).

<sup>4</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos el 22-11-69 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18-7-78.

<sup>5</sup> Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de Europa el 4-11-50 y entró en vigor en 1953.

<sup>6</sup> En el Informe presentado por la relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Dra. Mónica Pinto, al Consejo de Derechos Humanos, en el 32 período de sesiones con fecha 5-4-2016, se dijo: “47. Las reglas y normas nacionales son importantes por muchas razones. Tienen un valor tanto simbólico como jurídico, e indican al público cuáles son las conductas aceptables y cuáles están prohibidas. Un examen de las disposiciones jurídicas nacionales encaminado a enunciar los requisitos necesarios para la independencia de los magistrados, abogados y fiscales es indispensable para más de un Estado”, y en las conclusiones sostuvo: “63. En el contexto actual, es preciso renovar los compromisos con los principios de un sistema judicial independiente e imparcial, si se quiere que sean realidad. Todas las partes interesadas, incluidas las autoridades políticas y los miembros de la judicatura, la

ha sido previsto en el Código. En el caso de la justicia administrativa es esencial que no exista una subordinación de la persona a quien se controla o que pueda llegar a influir, directa o indirectamente, en los alcances de la decisión.

Por ello es necesario extremar los recaudos en cuanto a su designación y los procedimientos de remoción a efectos de que no sean desistuidos, suspendidos o desplazados por otras causales que las previstas en el ordenamiento de cada país, lo cual se complementa, necesariamente, con el derecho a la carrera y la irreductibilidad remuneratoria.

Resulta fundamental señalar que la estabilidad del juez no es solamente un derecho del magistrado sino una garantía del ciudadano para que los derechos y garantías reconocidos en los ordenamientos constitucionales adquieran plena vigencia. Éste constituye el único medio al alcance del particular para preservar sus más altos valores y derechos<sup>7</sup>.

En las Cartas Constitucionales se declaran derechos, pero su goce no será de por sí efectivo si, ante su desconocimiento, ya sea en forma parcial o total, no se prevé una garantía que permita su defensa para que el mismo sea respetado. Se trata de verdaderas armas de lucha para preservar el Estado de Derecho en donde el juez se encuentra en la primera línea de batalla.

La fórmula que se ha encontrado en las Constituciones modernas ha sido elevar a la justicia administrativa a un sitial que conforma un poder del Estado de tal forma que este poder tenga como misión controlar a los restantes. Esto es de suma importancia pues, a diferencia de las controversias entre particulares, el Estado y, principalmente, el Poder Ejecutivo tienen a su alcance potestades que permiten ejercer coacción sobre los individuos, y con el fin de perseguir el interés público general podrían desconocer los derechos de los particulares.

Los principios fundamentales de la justicia administrativa, como

profesión jurídica y los servicios fiscales, así como los representantes de la sociedad civil, deberían ser conscientes de la función de los magistrados, fiscales y abogados independientes en una sociedad democrática, y deberían contribuir a respetar y proteger su independencia". Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/32/34> (consultado el 31-1-2021).

<sup>7</sup> ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 41.



de toda justicia, radican en la Constitución. La independencia no es uno, sino el principal, de esos principios. Encontramos tal proclamación en diversas Constituciones, tales como la Ley Fundamental alemana (art. 97.I), las Constituciones de España (art. 117), de Italia (arts. 101 y 104), de Venezuela (arts. 26 y 254) y de la República Federativa de Brasil (96.I). En la Constitución argentina la encontramos en los artículos 18 y 108, con una prohibición expresa al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales en el artículo 109. La Constitución francesa no contiene ninguna disposición relativa a la justicia contencioso-administrativa, pero el Consejo constitucional reconoció como principio fundamental de valor constitucional la independencia de la justicia administrativa (CC, 119 DC del 22-7-80, rec. p. 46).

Conforme lo expuesto, hemos agrupado los artículos que se refieren a la independencia con relación al juez como persona para luego ocuparnos de las condiciones que debe reunir el juzgador con relación a quienes son parte del conflicto, para visualizar cuáles son las características que deben encontrarse reunidas para asegurar el servicio de justicia y garantizar el goce de los derechos reconocidos, es decir, cuáles son las condiciones que deben reunir sus operadores para posibilitar un juicio justo, para luego ocuparnos de las garantías previstas en el resto de los artículos en comentario.

El inciso 1° del artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el inciso 1° del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen disposiciones similares en cuanto a que toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal independiente e imparcial, por lo que debemos considerar el real alcance de estos términos.

Para lograr este cometido, el Código se ha ocupado de exponer las distintas vertientes de la independencia y la imparcialidad y aquellas protecciones especiales que se le deben asignar al magistrado para cumplir con su cometido. Se las puede enunciar, brevemente, en un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas previendo una independencia institucional, que se viabiliza con relación a los restantes poderes –Ejecutivo y Legislativo–, asegurando la autonomía administrativa y financiera, las cuales serán motivo de estudio seguidamente.

## 2. Independencia

El objetivo de la independencia del juez se funda en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación<sup>8</sup>. La Corte IDH ha establecido que se la debe preservar no sólo a nivel institucional sino individual<sup>9</sup>.

A nivel institucional lo que se busca es eliminar la injerencia externa y ello se logra a través del principio de la separación de poderes, y uno de los factores esenciales es el otorgamiento de la autonomía financiera. La Corte IDH ha sostenido que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Su ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico.

De esta forma, la independencia judicial se obtiene a través de las garantías en que el nombramiento del magistrado sea realizado conforme un procedimiento que asegure la igualdad de oportunidades y la elección del que reúna las mejores condiciones; asimismo, otorgando

<sup>8</sup> Corte IDH: “Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 30-6-2009, Serie C, N° 197154, párr. 67; “Caso Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 1-7-2011, Serie C, N° 227155, párr. 97; “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24-2-2012, Serie C, N° 239156, párr. 186; “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 28-8-2013, Serie C, N° 268, párr. 188.

<sup>9</sup> Corte IDH, “Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 5-8-2008, Serie C, N° 182, párr. 55; “Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 30-6-2009, Serie C, N° 197, párrs. 67/68; “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 23-8-2013, Serie C, N° 166, párr. 144.

la inamovilidad en el cargo para preservarlo de las presiones externas. A su vez, la Corte IDH ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico<sup>10</sup>.

Es decir, la finalidad es que el magistrado resuelva sin restricción alguna, de tal manera que su sentencia se base en los hechos y el Derecho y sin presiones, amenazas o intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso<sup>11</sup>.

En cuanto a la independencia individual del magistrado se puede implementar con el refuerzo de las garantías con las que debe contar. Este refuerzo se puede lograr en la medida que el procedimiento de nombramiento se encuentre preservado de su politización, de tal manera que el acceso al cargo sea exclusivamente por méritos y capacidad; asimismo, preservando la paridad de géneros y evitando discriminaciones; otorgando la característica de la inamovilidad en el cargo para el período en que ha sido nombrado, de tal manera que su remoción sólo se encuentre indicada en la medida de conductas que no se encuentren permitidas y, por último, garantizando la intangibilidad de sus remuneraciones.

### 3. Imparcialidad

Los tribunales internacionales de derechos humanos han establecido que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso, debiéndose garantizar que

<sup>10</sup> Corte IDH, “Caso Acosta y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 25-3-2017, Serie C, N° 334.

<sup>11</sup> Corte IDH, “Caso Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 1-7-2011, Serie C, N° 227, párr. 100; “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24-2-2012, Serie C, N° 239, párr. 186; “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 23-8-2013, Serie C, N° 266, párr. 146; “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 28-8-2013, Serie C, N° 268, párr. 190.

el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio<sup>12</sup>.

La Corte IDH ha sostenido que “el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho”<sup>13</sup>. La doctrina reiterada del TEDH establece que la imparcialidad establecida en el artículo 6.1 de la Convención debe ser analizada de acuerdo con un criterio subjetivo, teniendo en cuenta las convicciones personales y el comportamiento de un juez en particular, es decir, analizando si el juez se encontraba afectado por cualquier prejuicio personal o predeterminación con relación a un concreto caso, y también de acuerdo con un criterio objetivo, es decir, analizando si el Tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición ofrecían suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima relativa a su imparcialidad<sup>14</sup>.

La Corte IDH, por su parte, ha establecido que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica” cit., párr. 171; “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 22-6-2015, Serie C, N° 293, párr. 304; “Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 26-2-2016, Serie C, N° 310, párr. 162; “Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela” cit., párr. 56; TEDH, “Caso Fey c/Austria”, N° 14396/88, sentencia de 24-2-93, párr. 28; “Caso Academic Trading LTD y otros c/Grecia”, N° 30342/96, sentencia de 4-4-2000, párr. 43; “Caso Daktaras c/Lituania”, N° 42095/98, sentencia de 17-1-2001, párr. 30.

<sup>13</sup> Corte IDH, “Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela” cit., párr. 56; “Caso López Lone y otros vs. Honduras” cit., párr. 233; “Caso Duque vs. Colombia” cit., párr. 162.

<sup>14</sup> TEDH, “Caso Otegi Mondragon y otros c/España”, sentencia de 6-11-2018, párr. 52.

<sup>15</sup> Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 22-11-2005, Serie C, N° 135, párr. 145.

En uno de los casos más trascendentes de la Corte IDH sobre el tema se expresó que “ha quedado demostrado [...] que la independencia e imparcialidad del Tribunal Constitucional, como una de las instituciones democráticas que garantizan el Estado de Derecho, se vieron coartadas con la destitución de algunos de sus magistrados, lo que conculcó *erga omnes* la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad y el consecuente examen de la adecuación de la conducta del Estado a la Constitución”<sup>16</sup>.

En relación con el derecho protegido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, la Corte IDH ha expresado que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete<sup>17</sup>.

Otro caso relevante refiere que la Corte IDH considera que el Estado, al crear salas y juzgados transitorios especializados en Derecho Público y designar jueces que integran los mismos, en el momento en que ocurrían los hechos del caso *sub judice*, no garantizó el derecho a ser oído por jueces o tribunales establecidos “con anterioridad por la ley”, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, por lo que se vio afectada la imparcialidad del juez<sup>18</sup>.

Por su parte, el TEDH ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, es decir que no exista un prejuicio personal, y debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar

<sup>16</sup> Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 24-11-2006, Serie C, N° 158, párr. 109.

<sup>17</sup> Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 2-7-2004, Serie C, N° 107.

<sup>18</sup> Corte IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 6-2-2001, Serie C, N° 74.

los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso<sup>19</sup>.

Se debe traer a colación el caso “Kress c/Francia” (2001)<sup>20</sup> del TEDH, donde se tuvo en consideración el rol del comisario de gobierno, cuya institución se creara por una ordenanza del 12 de marzo de 1831, para representar el punto de vista del gobierno, pero esa función desapareció muy rápidamente (a más tardar en 1852) aunque el título ha permanecido, convirtiéndose en un observador externo, uno de los rasgos más distintivos de la justicia administrativa francesa, en particular porque los comisarios del gobierno se establecieron rápidamente como funcionarios judiciales totalmente independientes de las partes. Sin embargo debía tenerse presente la “doctrina de la apariencia”, pues al expresar públicamente su opinión sobre el rechazo o la aceptación de los motivos presentados por una de las partes, el comisario del gobierno podría ser considerado legítimamente por las partes como si tomara partido por una u otra en el análisis de la violación al artículo 6° de la Convención, entre otros argumentos, para concluir que se había efectivizado la violación al mismo.

Igualmente, en el caso “Martinie c/Francia” (2006)<sup>21</sup>, y ratificando la doctrina de “Kress”, el TEDH consideró que su sola presencia en las deliberaciones en el banco del *Conseil d’Etat* producía una violación del artículo 6°, § 1°.

Ambos aspectos, subjetivos y objetivos de la imparcialidad, han sido recogidos en el Código al establecer los requisitos generales de imparcialidad tanto en el ámbito institucional como en el subjetivo y, por su importancia, se le ha dado una mención específica ya que ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso, debiéndose garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio.

La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera

<sup>19</sup> TEDH, H. R., “Caso Pabla KY c/Finlandia”, sentencia de 26-6-2004, párr. 27, y H. R., “Caso Morris c/Reino Unido”, sentencia de 26-2-2002, párr. 58.

<sup>20</sup> TEDH, “Caso Kress c/Francia”, N° 39594/98, sentencia del 7-6-2001.

<sup>21</sup> TEDH, “Caso Martinie c/Francia”, N° 58675/00, sentencia del 12-4-2006.

subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia<sup>22</sup>.

#### **4. Autonomía administrativa y financiera**

El artículo 7° del Código establece la autonomía administrativa y financiera ya que considera que sin ella no se puede hablar de una justicia administrativa independiente, por lo que es necesario definir el alcance de esta autonomía, que se la ha concebido dentro de la independencia institucional para dar adecuado cumplimiento al acceso a la justicia y al derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que en los restantes artículos se han complementado aquellas características esenciales que lo componen.

La autonomía administrativa y financiera de la justicia es una condición esencial de su independencia frente a los restantes poderes que componen el Estado moderno democrático. La justicia depende para funcionar, necesariamente, de los medios materiales que se establecen en el presupuesto general del Estado, por lo que el monto a reconocer para su funcionamiento debe encontrarse rodeado de las mayores garantías y, por sobre todo, que no se lo reduzca, en términos reales, en el monto que se otorgue año a año para evitar que una reducción afecte su independencia al imposibilitar su labor por un déficit presupuestario.

La autonomía administrativa y financiera significa que el Estado debe organizarse de tal manera que el funcionamiento de la justicia no dependa de decisiones de los órganos que están sujetos a su control.

<sup>22</sup> Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 2-7-2004, Serie C, N° 107, párr. 171; “Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 20-11-2014, Serie C, N° 288, párr. 168; “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 22-6-2015, Serie C, N° 293.

Dicho de otra manera, es necesario que el presupuesto de la justicia sea votado anualmente por el Parlamento y gestionado con independencia y que no se vea disminuido en términos reales para asegurar su intangibilidad.

Los Estados democráticos aseguran, en la práctica, una autonomía administrativa y financiera de la justicia, pero pocos lo tienen expresamente escrito: la Ley Fundamental alemana como la Constitución española se concentran en las garantías de la independencia de los jueces. La legislación francesa no contiene nada parecido.

Sin embargo, la Constitución federativa brasileña contiene una disposición en este sentido: Artículo 99. “Se garantiza la autonomía administrativa y financiera del Poder Judicial. 1. Los tribunales elaborarán sus propuestas presupuestarias dentro de los límites estipulados, conjuntamente con los demás poderes, en la ley de directrices presupuestarias”.

La Constitución argentina, por su parte, en la reforma de 1994 incorporó en el artículo 114 la institución del Consejo de la Magistratura como órgano independiente que tiene a su cargo la selección de los jueces y administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia, como también dictar los reglamentos necesarios de organización judicial y todos aquellos para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

La existencia de un aumento de la litigiosidad y la falta de recursos también tienen incidencia en este aspecto pues la carencia de medios dificultará la administración de justicia, lo cual lleva a extender esta garantía desde un punto de vista institucional para preservar el acceso a la misma por parte de los juicios de manera eficaz.

## **5. Independencia personal**

El artículo 8° del Código prescribe la independencia personal, y para asegurar esta independencia se ha propuesto en el Código garantizar la inamovilidad del juez durante el transcurso del tiempo previsto en la designación en el cargo pues se trata de uno de los contenidos sobre los que se asienta la independencia del Poder Judicial; no con-



figura un privilegio en favor de quienes ejercen la magistratura sino que funciona como una garantía en favor de la totalidad de los habitantes. Esta garantía permanece aun en el caso de una reforma constitucional que modifique la continuidad en el cargo de quienes han sido designados con anterioridad como lo estableció la CSJN argentina en el caso “Fayt”<sup>23</sup>.

Asimismo, es necesario garantizar una remuneración justa y adecuada, lo que significa que, en términos reales, la misma no se vea disminuida como, así también, se establece que no pueden recibir órdenes en la decisión que dirima la controversia propuesta. La inamovilidad de los jueces es una garantía esencial de su independencia personal, común en la mayoría de los sistemas, como surge en los ordenamientos de Alemania: artículos 97.II y 98, LF, §§ 25 y 28, *Deutsches Richtergesetz*; Brasil: artículo 95, CF; España: 117.I, CE, artículos 1º, 13 y s., LOPJ; Francia: artículo L. 231-3, CJA; Venezuela: artículo 255, CRBV; Italia: artículos 107.c.1, y 108.c.2, Cost.; Argentina, artículo 110.

El principio de una remuneración justa y adecuada es una garantía fundamental contra la corrupción de la cual el juez puede ser objeto. Significa que la remuneración debe ser suficiente como para que la resistencia a la corrupción no necesite por parte del juez un esfuerzo demasiado grande.

En el caso de la Argentina, lo que se prevé es que la remuneración del juez no podrá ser disminuida en el artículo 110 de la Constitución, situación que fue reconocida por el más alto tribunal desde antiguo al expresar que la intangibilidad de las remuneraciones consagrada por la norma constitucional no está acordada en la persona de los magistrados, sino a la institución del Poder Judicial, al cual los constituyentes quisieron asegurar una absoluta independencia en su funcionamiento y liberarla de toda presión por parte de los otros poderes que tienen la fuerza del dinero (*Fallos*: 176:73), siguiendo las ideas de Hamilton en *El Federalista*, la razón de ser del artículo 3º, sección 1ª de la Constitución de los EE. UU., señaló: “Después de la permanencia en

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN). Consultar en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/consulta.html>, *Fallos*: 322:1616.

el cargo, nada puede contribuir más eficazmente a la independencia de los jueces que el proveer en forma estable a su remuneración...”

Es interesante abordar los efectos de la depreciación de la moneda sobre las remuneraciones de los jueces, y en el precedente “Bonorino Peró”<sup>24</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sostuvo que la pérdida no compensada del valor monetario real con intensidad deteriorante configura un supuesto de disminución de aquellas retribuciones que transgrede lo prescripto en el artículo 110 de la Constitución Nacional<sup>25</sup>.

La independencia de los jueces supone que no se encuentren en ninguna relación jerárquica durante sus funciones jurisdiccionales, que los condujesen a recibir órdenes de cualquier órgano o persona, incluso interno a la jurisdicción. Este principio aparece en algunas Constituciones, como la alemana y la española, que disponen que los jueces sólo están sometidos a la ley, lo que garantiza su independencia frente al Poder Ejecutivo que tienen por misión controlar.

## 6. Juez natural

La garantía del juez natural significa que los litigios sean atribuidos a jueces neutrales y para que ello suceda es necesario que su designación haya sido realizada conforme la reglamentación vigente en cada país para poder tener una magistratura independiente e imparcial, es decir, en la medida que existan reglas predeterminadas y objetivas de asignación de los casos, lo cual a su vez contribuye a la confianza en el sistema.

El objetivo es la protección de los justiciables para que puedan ser oídos por un juez o tribunal natural, imparcial e independiente, en un todo conforme con lo establecido en los artículos 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.1 de la Convención

<sup>24</sup> CSJN, *Fallos*: 307:2174.

<sup>25</sup> La CSJN reiteró esa doctrina en los casos “Perugini” (*Fallos*: 308:1059), “Durañona y Vedia” (*Fallos*: 308:1932), “Briebe” (*Fallos*: 310:2173), ordenando actualizaciones mensuales sobre la base del índice de precios al consumidor, y “Almeida Hansen” (*Fallos*: 313:344).

Americana sobre Derechos Humanos y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros, lo cual lleva a una condición de la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad de su justicia.

Lo cierto es que ello se logra en la medida que el juez no pueda escoger los casos que tendrá que juzgar y tal situación la prevén expresamente diversos ordenamientos, tales como Alemania (art. 101.I.2, GG); Brasil (arts. 5.XXXVII y LIII, y 93.XV de la Constitución Federal; art. 19 de la ley 5010/66; arts. 284, 285 y 930 de la ley 13.105/2015 [Código de Proceso Civil]); Italia (art. 25.c.1, Cost.) –mientras otros, como Francia, lo practican sin reconocerle valor normativo particular–. Lo importante es que esas reglas prácticamente existen, afín de alejar toda sospecha de parcialidad. En la Argentina en virtud de lo dispuesto en los artículos 18 y 22 y en el proceso de selección de jueces también se incorpora este modelo.

Se ha sostenido que “De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial, lo que nos remite a la impartición de justicia a través del juez natural. Conforme lo señaló el juez García Ramírez, en su voto razonado a la sentencia del ‘Caso Usón Ramírez vs. Venezuela’<sup>26</sup>, la intervención de un juez competente, independiente e imparcial constituye ‘un presupuesto del debido proceso’ ya que, ‘en ausencia de aquél, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal’...” Asimismo, la Corte ha enfatizado que el concepto del juez natural debe regir “a lo largo de las diferentes etapas de un proceso” y, así, “proyecta[rse] sobre las diversas instancias procesales<sup>27,28</sup>”.

Por otro lado, demasiada transparencia conlleva el riesgo inverso

<sup>26</sup> Corte IDH, “Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 20-11-2009, Serie C, N° 207, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6°.

<sup>27</sup> Corte IDH, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 30-5-99, Serie C, N° 52, párr. 161; “Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 23-11-2009, Serie C, N° 209, párr. 280.

<sup>28</sup> IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, *Artículo 8° –Garantías judiciales–*, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Temis –Fundación Konrad Adenauer Stiftung–, Bogotá, 2014, ps. 217/218.

de que sean los ciudadanos que escogen a sus jueces, lo cual sería también criticable. El riesgo es particularmente fuerte en los casos juzgados por un juez único, que tienen tendencia a aumentar, por lo menos en primera instancia, como respuesta al constante auge de los recursos contencioso-administrativos. Si en la mayoría de las materias de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la subjetividad del juez no es determinante, sí que puede serlo en algunas materias –extranjería o social, por ejemplo–, de tal modo que si los ciudadanos deben saber que la atribución de sus casos responderá a reglas objetivas y cuáles, no está siempre oportuno que sepan por ejemplo que si interponen sus recursos a tal momento, estará atribuido a tal juez. Así, el Consejo de Estado de Francia decidió que la composición previsible de las salas de un tribunal no tenía que ser publicada antes del día de la audiencia (CE, Sect., 7-5-2010, “Bertin”, N° 303168). En tal sentido, el artículo 18 de la Constitución argentina establece que ninguna persona puede ser sacada de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa ni juzgada por comisiones especiales.

Por último, es dable mencionar el caso de la Corte IDH<sup>29</sup>, en donde las propias fuerzas armadas involucradas en el combate contra los grupos insurgentes eran las encargadas de juzgar a sus mismos pares por la ejecución de civiles, tal y como lo ha reconocido el propio Estado. En consecuencia, la investigación y sanción de los responsables debió recaer, desde un principio, en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hayan sido policías en servicio activo, pues, de otra forma, no podía considerarse que la decisión tuviera la imparcialidad suficiente.

## **7. Decisiones en materia disciplinaria**

Siguiendo con el examen de los artículos del presente capítulo, se ha preferido enumerar aquellas condiciones que hacen a la carrera judicial en el artículo 10. Para cumplir con estos objetivos lo que se ha querido es asegurar que un órgano independiente pueda tener a su cargo las tareas de selección como de correcciones disciplinarias.

<sup>29</sup> Corte IDH, “Las Palmeras vs. Colombia. Fondo”, sentencia de 6-12-2001, Serie C, N° 90.

Confiar a un órgano colegiado e independiente –independencia garantizada tanto por el estatuto del órgano como por las modalidades de designación de sus miembros– la gestión de los magistrados permite conciliar su necesaria independencia y su sometimiento a la sola ley. En España (Constitución, art. 122, y arts. 389 y ss., LOPJ), por ejemplo, el nombramiento, la carrera y la disciplina de los magistrados son confiados al Consejo Superior del Poder Judicial (aunque las decisiones son formalmente dictadas por el rey). En Francia, dependen igualmente del propio orden contencioso-administrativo (aunque, formalmente, la autoridad quien nombra es el presidente de la República, como el rey en España). Las decisiones son sometidas a un órgano interno compuesto de representantes de los magistrados, el Consejo Superior de los tribunales administrativos y cortes administrativas de apelación (CJA, arts. L. 232-1, a 4, L. 233-1 y ss.). En la Argentina, el artículo 114 confía la selección y remoción de los jueces al Consejo de la Magistratura, salvo para el caso de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya remoción le corresponde al Legislativo.

El Código Modelo se limita a afirmar el principio general de la garantía institucional de la independencia de los jueces, sin entrar en sus modalidades concretas que, como lo enseña el Derecho Comparado, son muy diversas y a menudo profundamente vinculadas a la historia y a la cultura de cada país.

Si las reglas de selección de los magistrados han de garantizar su independencia, también tienen que asegurar su competencia, ya que, como todos los oficios, la resolución de conflictos mediante la aplicación de normas generales en el marco de un proceso reglado necesita una competencia particular, cada vez más técnica a medida que el Derecho se hace más complejo. Por esa razón también, la elección de los jueces no parece un sistema adecuado al contencioso administrativo. La inmensa mayoría de los países seleccionan los magistrados, o una mayoría de ellos, mediante oposiciones (ver, por ej.: Francia [Escuela Nacional de Administración, Oposiciones específicas complementarias], España, Italia, Grecia, Alemania, etc.). Incluso los magistrados que no son reclutados mediante oposiciones *stricto sensu* (varios sistemas dan acceso a la carrera a profesionales del Derecho ya confirmados) han pasado por un procedimiento de selección objetivo que

permite evaluar sus competencias (por ej., en Francia, selección de los candidatos por una comisión dependiente del órgano de gestión). En la Argentina, el modelo es designar a los jueces previo concurso y elevar una terna al Ejecutivo para que elija y lo proponga al Senado a efectos de proceder a su designación.

El Código Modelo propone, como es el caso en la mayoría de los países, que el procedimiento de selección –las oposiciones o las otras vías– sea por lo menos controlado por el órgano que tiene a su cargo la gestión del Poder Judicial, lo que constituye una evidente garantía de independencia.

Es dable destacar una sentencia de la Corte IDH que estableció que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa para posibilitar la decisión sin temor a represalias.

Pero los hechos que puedan dar motivo a reproches disciplinarios no pueden ser utilizados para mermar la independencia del juez, por lo que, en estos casos, son aplicables los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial que ofrecen abundantes orientaciones a los jueces sobre el tipo de comportamiento que cabe esperar de ellos a fin de mantener su independencia, integridad e imparcialidad y aumentar la confianza del público en el sistema judicial. El Estatuto del Juez Iberoamericano reconoce “el legítimo derecho a la libertad de expresión e información” (art. 3°) y el derecho de constituir asociaciones profesionales, “salvo las excepciones que establezca la Constitución o legislación de cada país” (art. 36).

A modo de ejemplo, puede mencionarse el precedente “Baka c/Hungría”, en cuanto el presidente del Tribunal Supremo de Hungría denunció que el cese prematuro de su mandato a raíz de las opiniones que había expresado sobre diversas reformas legislativas y constitucionales que afectaban al Poder Judicial había constituido una vulneración de su derecho a la libertad de expresión. El TEDH llegó a la conclusión de que el cese prematuro del mandato del demandante había infringido el artículo 10 del Convenio (párr. 168). Asimismo, en “Wille c/Liechtenstein”, el alto rango desempeñado por el demandante en el seno de la judicatura indujo al Tribunal Europeo a llegar a la misma conclusión (párr. 64).

En “López Lone y otros vs. Honduras”, la Corte IDH reconoció que la libertad de expresión debía garantizarse no sólo en lo concerniente a la difusión de información o ideas que fueran recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo tocante a las que resultaran ingratas para el Estado o cualquier sector de la población.

## **8. Incompatibilidades**

El ámbito subjetivo de la imparcialidad impone el deber al magistrado de excusarse en conocer de un caso cuando la misma se vea comprometida y de no ejercer ciertas actividades que la pueden poner en riesgo, lo cual ha sido recogido en el artículo 11.

Las incompatibilidades se encuentran previstas en estas reglamentaciones y, además, se prevén los supuestos de prohibición del ejercicio de ciertas actividades ajenas a su ministerio porque, objetivamente, se considera que pueden llevar a una parcialidad. En los Códigos Procesales los encontramos en los institutos de excusación por parte del juez y de recusación que puede ejercer el justiciable y se ha preferido enunciar de manera general su existencia para que cada ordenamiento pueda reglamentarlas. La excusación importa no intervenir en determinada causa y también se la denomina inhibición y la recusación tiene por objeto asegurar la administración de justicia para que el juez actúe de manera objetiva y con la neutralidad suficiente.

Estas incompatibilidades funcionales deben ser materia de reglamentación puntual para poder llegar a un juez neutral y los supuestos que se enumeren a tal fin deben encontrarse previstos en forma taxativa para evitar hechos abusivos a lo largo del proceso, debiendo prever la existencia de vínculos personales entre el magistrado y el litigio en el que deba intervenir puede haber de juzgar y rodear el procedimiento con las debidas garantías para que el que llegue a la decisión no dependa del juez afectado sino de jueces que no han intervenido en el proceso.

## **9. Jueces no profesionales**

El artículo 12 no trata el desempeño dentro de la carrera judicial

de personas que han tenido otra carrera previa (abogados, profesores de Derecho, funcionarios públicos, etc.), sino de la presencia de jueces no profesionales u honorarios, que pueden integrar un tribunal sin ser integrados a la carrera judicial. Esa posibilidad no existe en todos los países (por ejemplo, no lo contemplan los ordenamientos de Francia, España ni de Italia), aunque sí existe la posibilidad de ciertos profesionales (en Francia, por los funcionarios de cierto grado y los profesores de Derecho; en España, abogados) de ejercer durante un determinado tiempo un oficio de juez. Se encuentra previsto en el ordenamiento alemán (§§ 19 y ss., VwGO) y en la Constitución de Brasil (art. 98.I, y § 1°, CF).

El TEDH ha considerado que se puede contar con jueces que no sean profesionales del Derecho o miembros que tengan funciones no judiciales siempre que cumplan los requisitos de independencia e imparcialidad<sup>30</sup>.

Al ejercer funciones de juez y participar en la formación de la sentencia, deben cumplir con las condiciones de independencia, imparcialidad y competencia, esta última teniendo en cuenta la peculiaridad de su situación, que se exigen de todos los magistrados, por lo que se ha considerado que es necesario asegurar la imparcialidad de los jueces intervinientes disponiendo que no pueden ser mayoría en la integración de un tribunal<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> TEDH, “Campbell y Fell c/Reino Unido”, N° 7819/77 y 7878/77, sentencia de 28-6-84, párr. 81.

<sup>31</sup> Véase también: TEDH, “Ýbrahim Gurkan c/Turquía”, N° 10987/10, sentencia de 3-7-2012. Se trató del caso de la conformación de un tribunal penal militar que condenó al demandante a dos meses y medio de prisión por desobediencia dolosa a un superior. El tribunal estaba formado por un oficial militar sin formación jurídica y dos jueces militares. Se declaró que la participación de jueces legos no era necesariamente contraria al artículo 6° del tratado y que la falta de cualificación jurídica del oficial militar no le impedía ser independiente o imparcial. Sin embargo, el oficial militar permanecía al servicio del ejército y estaba sujeto a disciplina militar. Había sido nombrado por sus superiores y no gozaba de las mismas salvaguardias constitucionales establecidas en favor de los otros dos jueces militares. Por lo tanto, el tribunal penal militar no se podía considerar independiente e imparcial. *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, 2016. Disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_access\\_justice\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_SPA.pdf) (consultado el 1-2-2021).



## CAPÍTULO 2

### LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES\*

**Art. 13 *Grados jurisdiccionales. La jurisdicción administrativa conoce en dos o tres grados de jurisdicción*<sup>1</sup>.**

1. El ejercicio de la función judicial se encuentra estrechamente ligado al derecho de los sujetos de obtener, por vía de ella, la resolución de sus conflictos. Esta función del Estado, por medio de la cual la declaración de derechos y resolución de conflictos es efectuada, requiere imprescindiblemente de órganos cuya composición permita un funcionamiento efectivo.

Serán imprescindibles, por lo tanto, no sólo normas que regulen el proceso, sino también órganos calificados para conducir el mismo y decidir.

Como ha entendido la doctrina, “...todo proceso requiere, como elemento subjetivo esencial la intervención de un órgano del Estado [...] a quien incumbe, como función primordial, la de dirimir conflictos jurídicos suscitados entre partes [...] [debiendo entenderse por tal al] [...] funcionario público que actuando individualmente o en colegio con otros de la misma jerarquía, se halla investido de la potestad de crear normas provistas de fuerza obligatoria para sus posibles destinatarios...”<sup>2</sup>

\* Arts. 13 a 18 comentados por MARÍA ROSA CILURZO.

<sup>1</sup> *Referencias legislativas*: Alemania: § 2, VwGO; Brasil: arts. 105 y 108, CF; España: art. 6º, LJCA; Francia: arts. L. 811-1 y L. 821-1; Venezuela: arts. 11 y ss., LOJCA; Italia: art. 4º, CPA.

<sup>2</sup> PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2017, t. I, p. 305.

El órgano judicial, como sujeto primario del proceso, resulta, por lo tanto, esencial al mismo.

Este aspecto, de carácter estructural, ha sido entendido como un elemento estático, puesto que resulta la exposición fija de una realidad<sup>3</sup>, y dependerá muchas veces de esa organización judicial el cumplimiento de los fines esenciales de un Estado Social y Constitucional de Derecho.

Los jueces, como órganos en ejercicio de su función, son organizados legalmente en lo que hace a la determinación de competencia, número y sistema, así normalmente se estructuran instancias o grados de jurisdicción, que tienen por fin generar la revisión de los pronunciamientos y asegurar la garantía del debido proceso.

Siendo que la función esencial de los órganos que ejercen función judicial resulta ser el dirimir conflictos con fuerza de verdad legal, y que la misma se perfecciona a través de la emisión de pronunciamientos que constituirán la cosa juzgada, poseyendo, por ello fuerza de verdad legal y –en supuestos– coercibilidad, es esencial su conceptualización y la asignación de los presupuestos que hagan al cumplimiento de su función social.

La función jurisdiccional y la cosa juzgada como su efecto ha sido definida por la doctrina como la “...función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución...”<sup>4</sup>

A los efectos de que el pronunciamiento posea tales caracteres, los diversos ordenamientos prevén sistemas que pretenden imbricar la po-

<sup>3</sup> Francesco Carnelutti afirma: “...si el estudio de la estática procesal atañe al proceso como situación, debe dirigirse en primer lugar a los elementos de los cuales resulta la situación; después a las relaciones que median entre tales elementos; finalmente a la relación entre el proceso y la litis o el negocio...” (CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, trad. de la 5ª ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959, vol. I, p. 171).

<sup>4</sup> Conf. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 40.

sibilidad de revisión con la celeridad del trámite, ello –siempre– con el parámetro del debido proceso.

En ese juego de opciones, donde se pretende acelerar procesos y a la vez asegurar el control de ellos, se ha considerado como discutible el criterio según el cual el mismo conflicto o pleito pueda ser conocido por varios jueces en forma sucesiva, es decir en instancias o grados sucesivos.

Como ha expresado claramente la doctrina en la etapa actual de la evolución de los procedimientos, el establecimiento de recursos ha receptado las posiciones según las cuales se resguarda el derecho de aquel que pierde de quejarse o impugnar a través del ataque al pronunciamiento, para impedir la ejecución de la sentencia<sup>5</sup>, ello en un supuesto desmedro de la pretendida celeridad, que para otros autores se obtendría por medio de tribunales con salas plurales, procedimientos orales concentrados, en instancia única y con posibilidad de recursos restringida<sup>6</sup>.

El Código ha optado –como regla– por un esquema de doble o triple instancia, es decir ha entendido que la sentencia puede ser apelada y ha fijado que, en general, tal apelación poseerá efecto devolutivo<sup>7</sup> –sin perjuicio de las medidas cautelares suspensivas que pueda emitir el tribunal de apelación–. Siendo así la cosa juzgada como carácter definitivo emanará de la formulación del órgano jurisdiccional en instancia revisora, pero la ejecutoriedad del pronunciamiento sólo podrá suspenderse por vía cautelar.

Se ha considerado a los recursos como esenciales y connaturales al sistema, habilitando al legislador para excepcionarlos, a la luz de la razonabilidad y pretendiendo dar celeridad con el efecto otorgado al recurso.

A título de ejemplo es de destacar que idéntico criterio emerge del Código del Proceso italiano<sup>8</sup>; previendo por el contrario el efecto sus-

<sup>5</sup> Conf. CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Reus, Madrid, 1925, t. I, p. 467.

<sup>6</sup> Conf. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, 3ª ed., Universidad, Buenos Aires, p. 132.

<sup>7</sup> Art. 48.

<sup>8</sup> Arts. 4º, 98 y ss., del Código de Proceso Administrativo, actualizado al 19-10-2020.

pensivo del recurso contra el pronunciamiento de grado otros ordenamientos como la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela<sup>9</sup>, el Código del Proceso Civil brasileño<sup>10</sup>, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España<sup>11</sup> y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Argentina<sup>12</sup>.

1.1. En cuanto a la terminología utilizada, si bien ella no resulta uniforme en Iberoamérica y Europa, ya que el concepto de grado de jurisdicción (referido por ejemplo en el Código Procesal brasileño) no es el empleado en la normativa argentina (donde se alude a la instancia), lo cierto es que –y sin entrar a analizar el nombre dado al mismo– la jurisdicción de instancia única resulta excepcional y ella deberá ser analizada a la luz de la normativa infraconstitucional de cada Estado.

Cuadra reiterar que la existencia de instancias implica la previsión de un esquema impugnatorio, a la luz del cual la parte que se considera agraviada por el resultado expresado en el fallo de la instancia de grado pretende en un nuevo examen obtener un pronunciamiento revocatorio de la sentencia; los recursos son así entendidos como “...procedimientos técnicos de revisión surgidos a raíz de la impugnación formulada por la parte lesionada...”<sup>13</sup>

La multiplicidad de instancias ha sido el criterio utilizado y entendido como adecuado. Chioventa consideraba que “...todo litigio excepto en los casos expresamente previstos por la ley, debe poder pasar para su pleno conocimiento por dos tribunales sucesivamente: y este doble grado, en la intención del legislador representa una garantía de los ciudadanos bajo tres aspectos: a) [...] hace [...] posible la corrección de los errores, b) [...] están confiados a jueces diferentes, c) [...] el segundo juez se presenta como más autorizado...”<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Art. 87 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la República Bolivariana de Venezuela (ley 39.447).

<sup>10</sup> Art. 496 del Código de Proceso Civil brasileño (ley 13.105).

<sup>11</sup> Arts. 82 y ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España (ley 29/1998).

<sup>12</sup> Art. 243 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

<sup>13</sup> COUTURE, ob. cit., ps. 340/341.

<sup>14</sup> CHIOVENDA, ob. cit., t. II, p. 488.

Mas, ésta no ha sido una postulación pacífica, la pluralidad de instancias fue cuestionada desde diversas ópticas, sea por la lentitud y costo de los trámites, por considerar que si se confiá más en un tribunal colegiado habría que establecer directamente en él la tramitación de los pleitos, y defendida por el hecho de que el examen de los elementos fácticos y jurídicos resguarda la posibilidad de corregir errores en los que se haya incurrido, aumentando el control y las garantías del proceso, más cuando en la constitución de tribunales de apelación colegiados los decisorios son ponderados por los diversos intervinientes<sup>15</sup>.

Lo cierto es que la elección entre instancia única o plural implica optar entre la posibilidad de que "...un mismo asunto sea o no susceptible de ser examinado sucesivamente por distintos órganos tanto en su aspecto fáctico como jurídico..."<sup>16</sup>, no implicando en modo alguno la existencia de subordinación de los jueces integrantes de una instancia por sobre la otra.

Es que, si bien las instancias se ordenan verticalmente, su pluralidad "...no puede fundarse en la dependencia del juez inferior del superior, puesto que no dependen los jueces en cuanto a la aplicación de la ley, más que de la ley misma: sino en consideraciones de utilidad práctica a fin de obtener la más justa decisión posible..."<sup>17</sup>

El tribunal de apelación en el tratamiento de los recursos no actúa como superior jerárquico, que controla al juez de grado, su conocimiento se circunscribe a la revisión de la sentencia en agravio y su eventual modificación, considerando aquello que ha sido materia de impugnación, deviniendo inviable el tratamiento de cuestiones que no le fueron propuestas.

Considero que lo esencial no resulta ser el criterio plasmado por el tribunal revisor, sino el hecho de que, sea por mayoría o por unanimidad, en los supuestos en los cuales media nuevo pronunciamiento sobre el conflicto, el legislador ha pretendido que se efectúe un nuevo análisis, interpretación o valoración de la contienda y no podría ha-

<sup>15</sup> PALACIO, ob. cit., t. I, ps. 316/317.

<sup>16</sup> PALACIO, ob. cit., t. I, p. 315.

<sup>17</sup> CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 467.

blarse de error o vicio en la sentencia objeto de apelación, salvo que medie nulidad de la misma.

1.2. Así mismo, la garantía de la doble instancia y su relación con la defensa en juicio ha merecido en diversos ámbitos un tratamiento disímil, según se trate de procesos penales o no. A título ejemplificativo es de destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) invariablemente ha considerado que ella no constituye un requisito de la garantía de defensa en juicio, estando por lo tanto el legislador facultado para establecer un sistema de instancia única o plural, o de limitar los supuestos de admisibilidad de los recursos ordinarios, sin afectar la garantía constitucional o convencional (conf. *Fallos*: 347:219, 352:1568, 330:1036, 329:1180, 325:2711, 323:2357, 323:1787, 247:540, 250:12)<sup>18</sup>.

Idéntico criterio ha plasmado el Tribunal Constitucional Español<sup>19</sup>, extendido a la totalidad de materias contencioso-administrativas<sup>20</sup>.

En cuanto a la normativa internacional, tanto el artículo 8° de la

<sup>18</sup> La CSJN argentina considera que si la doble instancia está prevista por la ley, es con ella que adquiere jerarquía constitucional (ver *Fallos*: 334:287, 310:1424).

<sup>19</sup> Ver STC 51/1985 del 19 de abril, STC 102/1984 del 12 de noviembre, entre muchos otros.

<sup>20</sup> El Tribunal Constitucional en su sentencia 89/1995 del 6 de junio, analizando los agravios referidos al derecho al doble grado de jurisdicción implícito en el art. 24.1, CE, afirmó: "4. Es cierto que constituye una doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] la de que los principales principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse con ciertos matices en el procedimiento administrativo sancionador y, así entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa [...] Asimismo también es doctrina pacífica de este Tribunal la de que el derecho a los recursos se encuentra implícito en el derecho a la tutela y que aun cuando constituya un derecho de configuración legal (de tal suerte que corresponde al legislador ordinario establecer el sistema de recursos que estime adecuado, sin que pueda predicarse la vigencia, en cualquier caso, de un derecho a la doble instancia o de acceso a un medio de impugnación determinada) [...] no se puede obtener [...] la conclusión de que el derecho a la doble instancia penal haya de ser también reclamable en la esfera del proceso contencioso administrativo, y ello porque no existe un proceso contencioso administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado; sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción adoptada en un procedimiento que ha de ser respetuoso con las principales garantías del artículo 24 de la CE..."

CADH<sup>21</sup> como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, numeral 5)<sup>22</sup> hacen referencia expresa a la doble instancia en materia penal. A su vez la Convención Europea de Derechos Humanos, en su Protocolo adicional N° 7<sup>23</sup>, reconoce el derecho a la doble instancia en la mentada materia.

En cuanto a los tribunales internacionales, la Corte de Estrasburgo, en un reciente pronunciamiento, ha extendido tal protección al establecer diversos criterios a la luz de los cuales, e independientemente del Derecho interno, por el tipo de infracción o su gravedad pueda ser considerada de naturaleza penal una infracción típicamente administrativa<sup>24</sup>.

A su vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma reiterada ha establecido el alcance del artículo 8.2.h, de la Convención, así como los estándares a ser observados para asegurar la mentada garantía del derecho a recurrir un fallo ante un juez o tribunal superior, referido a un proceso de naturaleza penal<sup>25</sup>. Considerando además que

<sup>21</sup> Art. 8º: “*Garantías judiciales* [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso [...] garantías mínimas [...] h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”

<sup>22</sup> Art. 14: “...5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley...”

<sup>23</sup> Art. 2º: “*Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal*. 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley. 2. Ese derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según los defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución...”

<sup>24</sup> TEDH, “Caso Saquetti Iglesias c/España”, N° 50514/13, sentencia del 30-6-2020. En el mencionado precedente el Tribunal analiza si se trata de una infracción penal en base a tres criterios, la calificación del propio Estado, el tipo de infracción de que se trata y la gravedad de la sanción impuesta. Arribando a la conclusión de que la sanción aduanera constituye una infracción penal, no correspondiendo las excepciones del artículo 2º antes reseñado.

<sup>25</sup> En un reciente pronunciamiento la Corte IDH expuso: “el Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que ‘se debe respetar

la aplicación del artículo 8.2.h, de la Convención se debía extender a las sanciones administrativas de privación de la libertad, como garantía de su derecho de defensa<sup>26</sup>, e inaplicable para supuestos en los que el proceso tenía finalidades distintas<sup>27</sup>.

1.3. En suma, los grados o instancias encuentran su justificación en la existencia de un esquema de revisión de pronunciamientos, y no pueden afincarse en una supuesta imposición de criterios a la luz de una autoridad jerárquica u orgánica, sino en el derecho a la impugnación, que parte de la posibilidad de que lo que se ejerce es un control del proceso.

**Art. 14 Corte Suprema. Una Corte Suprema asegurará por sus decisiones la uniformidad de la jurisprudencia<sup>28</sup>.**

en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte ha interpretado que el derecho a recurrir el fallo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal...” (conf. Corte IDH, “Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina”, sentencia del 20-7-2020, Fondo y Reparaciones). Reiterando así lo expuesto en “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2-7-2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas, y en “Mohamed vs. Argentina”, sentencia del 23-11-2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>26</sup> Conf. Corte IDH, “Caso Vélez Loo vs. Panamá”, sentencia del 15-2-2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>27</sup> Expresamente la Corte consideró: “105. El proceso iniciado por el señor Spoltore tenía la finalidad de solicitar una indemnización. No era un proceso penal en contra de la presunta víctima, ni un proceso administrativo que pudiera implicar una privación de libertad. Tampoco era un proceso administrativo de naturaleza sancionatoria, en el cual pueden ser aplicables las garantías incluidas del artículo 8.2 de la Convención según su naturaleza y alcance. Por lo tanto, este Tribunal considera que el derecho contenido en el artículo 8.2.h, no es aplicable al proceso de indemnización por enfermedad profesional” (conf. Corte IDH, “Caso Spoltore vs. Argentina”, sentencia del 9-6-2020, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>28</sup> *Referencias legislativas*: Alemania: art. 95, LF; Brasil: arts. 105 y 108, CF; España: art. 123, CE; Francia: art. L. 821-1; Venezuela: art. 13, LOJCA; Italia: art. 111.c.8, Cost. y art. 110, CPA.



2.1. El proyecto ha previsto, en lo que hace a la organización judicial, la existencia de una Corte Suprema, como tribunal superior, y establecido un sistema a la luz del cual la jurisprudencia de ella emanada poseerá efectos de unificación de doctrina. Es decir, lo ha considerado como un tribunal casatorio.

Lo expuesto no implica obviar que los distintos Estados han organizado sus sistemas judiciales a la luz de sus textos constitucionales y legales, implicando ello que la denominación dada y la distribución de funciones variarán, y conlleva –dependiendo de sus cuerpos normativos– diversidad de competencias asignadas a los máximos tribunales estadales<sup>29</sup>.

Será el constituyente y el legislador local el que deberá establecer las diversas competencias de la Corte Suprema, su organización, funciones, así como también los requisitos de la función casatoria, su alcance y su conformación como una tercera instancia ordinaria –o no–.

En cuanto a los precedentes, la típica función casatoria tiende a evitar diversidad de criterios interpretativos, por lo tanto el alcance de la actuación del tribunal por regla es limitado, reenviándose el expediente para la resolución de fondo, encontrándose a su vez facultado para decidir sobre él si así lo considera<sup>30</sup>.

Con relación al instituto casatorio, la doctrina ha entendido que “...resulta de la unión de dos institutos, que recíprocamente se penetran y se integran: de un instituto que forma parte del ordenamiento judicial-político, la Corte de Casación, y de un instituto que pertenece al Derecho Procesal, el recurso de casación. Es cierto que, si buscamos en los textos legales cuándo se ha verificado por primera vez esta unión de los dos institutos en el instituto complejo que recibe el nombre de Casación, no podemos remontarnos más allá de la Revolución Francesa, porque precisamente en los últimos años del siglo XVIII el na-

<sup>29</sup> Ver al respecto, en lo que hace a la organización de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, PALACIO, ob. cit., ps. 317 y ss.

<sup>30</sup> Ver arts. 50/52. A su vez debe recordarse que la amplitud que se le asigne al recurso de casación –en cuanto a su pronunciamiento sobre el fondo del asunto– terminará constituyéndolo como tercera instancia, difuminando el efecto anulatorio y recargando a la Corte.

cimiento de la Casación moderna aparece formalmente fijado en un decreto de la Asamblea revolucionaria...”<sup>31-32</sup>

El concepto de soberanía trasvasado al poder del pueblo y manifestado en “la ley” se plasmó en un instituto que tendía a resguardar un criterio interpretativo, siendo la Corte de Casación un instrumento para evitar que los jueces alterasen el carácter general de la norma por vía interpretativa<sup>33</sup>.

A su vez se ha definido al recurso de casación como “...el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva o la anulación de la sentencia y una nueva decisión con o sin reenvío a un nuevo juicio...”<sup>34</sup>

Las funciones del tribunal casatorio tienen una finalidad práctica, cual es asegurar, o si se quiere anular, la posibilidad de interpretaciones contrarias a un determinado criterio –el cual por provenir de un órgano superior se entiende como el adecuado o conforme a la norma–, y otorgar un remedio jurisdiccional, operando como contrapeso al impedir al juez la libertad de interpretación<sup>35</sup>.

En cuanto a los fines de la casación la doctrina ha considerado que ella tiende a uniformar la jurisprudencia y defender el Derecho a la doctrina legal, mas en los hechos a sido un instrumento para corregir errores de Derecho, para luego incorporar los de hecho y los procedimentales, tendiendo así a diversos fines, lo que incidirá en las particularidades que la ley podrá asignar a este recurso<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Conf. CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, t. I, vol. I, p. 26.

<sup>32</sup> Ejemplos de sistemas casatorios constituyen el recurso de revista por ante el Supremo Tribunal Federal Alemán, el recurso de casación por ante la Corte de Casación italiana y el de Francia.

<sup>33</sup> Conf. CALAMANDREI, ob. cit., p. 41.

<sup>34</sup> Conf. DE LA RÚA, Fernando, *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 187, citado por GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 340.

<sup>35</sup> Conf. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría general del Derecho Procesal*, Jusbaire, Buenos Aires, 2020, t. I, p. 360.

<sup>36</sup> Conf. GOZAÍNI, ob. cit., t. III, p. 604: “...en los hechos el sistema puede

Teniendo en cuenta los diversos modelos que se han ido articulando<sup>37</sup>, las disposiciones que regulen –en cada Estado– el recurso de casación nos llevarán a discernir si el mismo será o no considerado como una tercera instancia, ya que si bien teóricamente una Corte de Casación no conoce en el esquema clásico directamente sobre el Derecho y los hechos plasmados en la controversia, sus funciones se limitan al análisis de la normativa aplicable no sólo en abstracto, sino al caso concreto y a evaluar su correcta aplicación (o no) por el juez inferior a la luz de los hechos del caso; en la realidad la casación actúa no sólo para la corrección de los errores interpretativos de Derecho, sino también en los cometidos en el proceso adaptándose a las exigencias y realidades de cada Estado.

Prueba de ello resulta ser la extensión de la competencia del tribunal, que se encuentra habilitado para el dictado de un nuevo pronunciamiento evitando el reenvío, lo que se aleja del concepto de casación pura.

Por lo tanto, la extensión y alcance de su competencia definirán su naturaleza y eficacia, y dentro de ello la eventual proliferación de casos a la luz de la conformación y funcionamiento del tribunal superior.

La normativa deberá establecer si se incluirán como materia de casación las desviaciones de los pronunciamientos y/o procesos –arbitrariedad–, así como también deberá fijar claramente los supuestos en los cuales procede su alcance, si se los limitará a un análisis y/o interpretación normativa, o si por el contrario se lo extenderá a defectos que hagan a las causas que conllevan la arbitrariedad del procedimiento.

implementarse sobre cualquiera de estos tres pensamientos: a. la idea romana de que la sentencia injusta por error de derecho es más grave que la que padece de errores de hecho; por ello surgiría que el tribunal de casación sólo atiende la letra de la ley; b. la concesión a las partes de un remedio efectivo para atacar las injusticias derivadas de una sentencia viciada por error de hecho o de derecho, tal como lo propicia el modelo español, con algunas variables [...] c. la incorporación del error *in procedendo* que, aunque nace en el derecho intermedio, debiera tenerse en cuenta porque la casación suple todos los recursos ordinarios. Cada una de ellas refiere a un fin diferente, lo cual incide en las particularidades que se quieren definir”.

<sup>37</sup> Conf. el sistema italiano previsto en los arts. 110 y ss.

Desde esa óptica, se ha entendido al instituto como relacionado con el interés general, en lo que hace a la observancia de las normas y rectificación de decisorios, sin perder de vista que incidirá por sus efectos directamente sobre las funciones y competencias de los jueces inferiores.

La Corte podrá –por lo tanto– ejercer la competencia que le ha sido asignada, más el proyecto, al establecer el alcance de sus pronunciamientos –y desde una óptica procesal–, ha presumido que se arribará a ella por vía de recurso o impugnación con el fin de analizar la legalidad del pronunciamiento objeto de agravio, y la labor del tribunal se plasmará en un pronunciamiento que anulará el fallo y podrá pronunciar una nueva sentencia con efectos vinculantes.

Ello no impedirá –reitero– que la Corte pueda ejercer otro tipo de competencias, sea originaria, apelada ordinaria o extraordinaria, según las disposiciones internas; en esos supuestos, si se interpreta el artículo en análisis como regla general, el alcance de tales pronunciamientos podría también considerarse vinculante.

Por el contrario –y meritando que los recursos referidos en el proyecto no incluyen el resto de las competencias atribuidas al tribunal superior–, cabe preguntarse si el resto de sus decisiones poseerán el efecto pretendido.

2.2. El mentado esquema nos pone frente a una multiplicidad de interrogantes, de imposible planteo y/o dilucidación en estas breves consideraciones.

Por lo tanto, desde su lugar como tercera instancia casatoria, habrá que evaluar su compatibilidad con los sistemas jurídicos en los cuales se ha diseñado el control de los pronunciamientos por arbitrariedad, su relación con los recursos ordinarios y extraordinarios, y –en suma– con el diseño constitucional, a la luz del control de constitucionalidad establecido, sea éste concentrado o difuso.

Específicamente, el sistema constitucional argentino no prevé la función casatoria, la que sólo fue contemplada en la Constitución de 1949<sup>38</sup> y para el Derecho de fondo.

<sup>38</sup> La Constitución de 1949 en su artículo 95 establecía: “La Corte Suprema de Justicia conocerá, como tribunal de casación, en la interpretación e inteligencia de

Es más, la doctrina ha cuestionado su viabilidad –cuando de casación nacional se refiere– a la luz de disposiciones constitucionales que hacen a la competencia en materia de códigos de fondo, por los tribunales provinciales, porque el instituto se debería limitar a las materias ajenas a las atribuciones de los órganos judiciales de los Estados locales<sup>39</sup>.

2.3. Siguiendo esa línea, y sin pretender abarcar cuestiones que deberán ser abordadas en el análisis de los artículos que hacen a los recursos, resulta evidente que el Código prevé únicamente aquellos denominados ordinarios, dejando habilitada la existencia del ejercicio del control judicial de constitucionalidad por vía de recursos extraordinarios, a la luz de lo que las diversas disposiciones normativas prevean e incorporando el recurso de casación (recurso típicamente extraordinario) en forma más que general.

los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso de casación será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”. El texto constitucional actual nada dispone al respecto.

<sup>39</sup> Conf. PALACIO, ob. cit., t. III, ps. 162/163. “No existe, en cambio, en nuestro país un Tribunal Nacional de Casación, destinado, como tal, a asegurar la uniforme aplicación de la legislación común en todo el territorio de la República. La conveniencia de contar con un órgano de esa naturaleza queda fuera de duda con sólo computar el hecho de que teniendo vigencia en todo el territorio de la Nación los Códigos de fondo sancionados por el Congreso en virtud de la potestad que le confiere el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, las distintas interpretaciones de que aquéllos pueden ser objeto por parte de los órganos judiciales de las provincias desvirtúan el principio de unidad de régimen jurídico consagrado por la norma constitucional citada. A la institución de un recurso de casación con alcance nacional se opone, sin embargo, la misma norma constitucional, en tanto prescribe que la ‘aplicación’ de los Códigos Civil, Comercial, Penal, etc., corresponde a los tribunales provinciales cuando las personas o las cosas ‘cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones’. Para salvar la dificultad emergente de ese texto se ha acudido con frecuencia al distingo que existiría entre la ‘interpretación’ y la ‘aplicación’ de las leyes, sosteniéndose que el art. 67, inc. 11, de la Constitución (hoy art. 75, inc. 12) reserva a las provincias la potestad de ‘aplicar’ los Códigos de fondo pero no la de ‘interpretarlos’, razón por la cual esta última labor podría encomendarse a un Tribunal Nacional de Casación. Con el mismo propósito se propició, en otras oportunidades, la posibilidad de crear la casación nacional mediante tratados interprovinciales en los términos del art. 107 (actual art. 125) de la Constitución Nacional. Ninguna de las mencionadas soluciones es a nuestro juicio convincente [...] Cabe concluir que la Casación nacional sólo puede instituirse por vía de reforma de la Constitución vigente...”

Cierto es –reitero– que el proyecto en modo alguno podrá alterar las competencias asignadas a los tribunales superiores de cada Estado, siendo así el papel institucional de la Corte Suprema o superiores tribunales, se manifestará tanto en el ejercicio de su competencia originaria, por apelación ordinaria, como extraordinaria, a la luz de las previsiones constitucionales y legales<sup>40</sup>.

2.4. Otra de las aristas de la opción tomada por el proyecto resulta ser su compatibilidad con el sistema de control de constitucionalidad difuso, que por ejemplo rige en la República Argentina, y que habilita a que todo magistrado, en el ejercicio de sus funciones, pueda y deba controlar la prelación jerárquica de las normas, como derivación lógica del principio de supremacía receptado por el artículo 31 de la Constitución Nacional<sup>41</sup>.

Sabido es que el diseño del control de constitucionalidad argentino se asemeja al delineado por el Derecho Constitucional norteamericano, siendo la Corte Suprema de Justicia el intérprete final de la Constitución, lo que no implica desvirtuar el control difuso que corresponde a todos los jueces sin distinción, plasmado en sus pronunciamientos, es decir en causas o controversias y en general con efectos inter partes.

<sup>40</sup> La doctrina ha desarrollado las incidencias de las competencias del máximo tribunal federal, resaltando que “Morello hace foco en algunos aspectos medulares y por cierto polémicos, indicando que ‘deberá esclarecerse el emplazamiento cabal del Tribunal. Si vuelve a sus orígenes y a lo clásico y propio (Corte de garantías constitucionales) y se despoja del agregado casacional que traba su desenvolvimiento (el 80% de lo apelado circula por el corredor de las sentencias arbitrarias)’, para pasar a preguntarse si ‘se crearan tribunales intermedios regionales para abastecer la revisión de las sentencias tachadas de arbitrariedad’ [...] tema el de la implementación de este u otro tipo de tribunales que no *es* precisamente pacífico en la doctrina pero que en cualquier caso resulta útil reinstalar el debate sobre qué alternativas institucionales surgirían ante una eventual extirpación del componente casacional de la competencia del alto tribunal...” (conf. MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en el sistema político*, Platense-LexisNexis, La Plata-Buenos Aires, 2005, ps. 163/164, citado por BAZÁN, Víctor, *¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?*, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 20, año 2009. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5860>).

<sup>41</sup> Ver art. 3° de la ley 27, art. 21 de la ley 48. A su vez la CSJN en diversos precedentes receptó la declaración de inconstitucionalidad de oficio (conf. CSJN, *Fallos*: 335:2333, 327:3117, 324:3219).

A su vez la fuerza vinculante del precedente, es decir su obligatoriedad, no resulta de la letra de la Constitución Nacional. Siendo el mismo tribunal el que ha generado la jurisprudencia aplicable al respecto, la que no siempre ha sido uniforme.

La Corte Suprema argentina entendió que sus pronunciamientos no obligan legalmente, y que si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones a los fallos de la misma, “él se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad de los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles; sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas, cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del Derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquéllos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos”<sup>42</sup>, para luego considerar tal deber a todos los casos en los que no median argumentaciones que lo justifiquen.

Así, el deber se encontraba condicionado, afirmando que “...carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia...”<sup>43</sup>

La doctrina sostenida hasta el presente –prioritariamente en cuestiones federales– requiere, por lo tanto, una “rigurosa carga argumentativa” para el apartamiento de precedentes similares y recientes<sup>44</sup>, aun ante la inexistencia de norma que así lo determine, por razones de celeridad y economía procesal<sup>45</sup>.

Ello, en la práctica, limita el control difuso de constitucionalidad de los tribunales inferiores, quienes pueden apartarse del precedente fundándose en razones no examinadas o no resueltas, con nuevos

<sup>42</sup> CSJN, *Fallos*: 25:364.

<sup>43</sup> CSJN, *Fallos*: 307:1094, 312:2007, 311:1644, 320:1660, 321:3201, 323:555, 325:1227.

<sup>44</sup> CSJN, *Fallos*: 343:42.

<sup>45</sup> CSJN, *Fallos*: 342:2344.

fundamentos distintos de los evaluados, y ello tanto en temas de Derecho federal como común<sup>46</sup>.

2.5. La opción por asignar a un tribunal superior el rol de unificar la jurisprudencia posee un matiz de ventajas que podrían sintetizarse en que resulta un instrumento idóneo para asegurar la igualdad en lo que hace a la interpretación y aplicación de la ley, disminuyendo la litigiosidad ya que se avizora la permanencia de un determinado criterio interpretativo, con más la pretendida facilitación de la labor de los tribunales del resto de las instancias.

Mas lo cierto es que la realidad de cada Estado, y el eventual seguimiento que han generado sus pronunciamientos, por los tribunales inferiores, la composición del tribunal superior, sus competencias, así como también las posiciones sobre el alcance de las sentencias, es decir la realidad jurídica imperante, no podrá obviarse, y la tendencia unificadora de la jurisprudencia deberá evaluarse a la luz del arraigo del instituto que se pretende establecer.

**Art. 15 *Composición de los órganos jurisdiccionales. La composición ordinaria de los órganos jurisdiccionales es colegiada con un mínimo de tres jueces***<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Como señala Néstor Sagüés, "...ocasionalmente, la Corte ha sido autocontradictoria, por ejemplo cuando ha dicho que 'la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones, tesis que obligaría a olvidar la eficacia vinculante de los fallos de la Corte'. Algo similar ocurre cuando la propia Corte restringe su jurisprudencia obligatoria, al señalar que sus precedentes carecen de fuerza legalmente vinculante para los tribunales locales, en materia de Derecho Público local, o cuando señala que la tacha de arbitrariedad no se configura por la circunstancia de haberse apartado el tribunal a quo de la doctrina establecida por la Corte Suprema en otros casos y por vía distinta a la intentada..." SAGÜÉS, Néstor, *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, N° 1, julio de 2006, ps. 17-32. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040202>.

<sup>47</sup> *Referencias legislativas*: Alemania: §§ 5, 9 y 10, VwGO; Francia: arts. L. 3, L. 222-1 y R. 222-2; Italia: arts. 5.c.2 y 6.c.2, CPA.



3. Como ya se expuso, es esencial la incidencia de la organización judicial en el desarrollo del proceso, en idéntico sentido la conformación de los órganos, sea en tribunales unipersonales o colegiados, así como también las competencias asignadas, guardan relación directa con la eficacia del sistema todo.

Las falencias organizacionales, de procedimiento o administrativas poseen una relación directa con los derechos que la organización de un Estado debe resguardar.

Dentro de las decisiones que inciden directamente en la organización de la justicia y del proceso, está la opción en su conformación, es decir entre tribunales unipersonales y colegiados.

El proyecto ha optado por una composición colegiada como regla; a su vez la doctrina ha delimitado claramente los beneficios y peligros de ambos esquemas, así se ha mencionado el riesgo de mayores yerros y eventuales arbitrariedades en los tribunales unipersonales, y como contrapartida la discusión y el disenso que aventarían el peligro de falencias y pronunciamientos errados en los casos de tribunales múltiples, ya que la deliberación previa a la emisión de la sentencia aventaría tal riesgo. Asimismo, y desde una óptica distinta, se ha alegado la conveniencia del sistema unipersonal a la luz de parámetros de sencillez, rapidez y economía, entendiéndose que la existencia del colegio deliberativo retarda el proceso diluyendo la responsabilidad en sus integrantes<sup>48</sup>.

En suma, se ha discutido sobre la garantía del tribunal pluripersonal<sup>49</sup>, pero "...el problema [...] no se presta a ser solucionado en términos absolutos. La opción entre uno u otro sistema, o la combinación de ambos depende fundamentalmente de la existencia de una o de varias instancias y de la mayor o menor complejidad de los procesos [...] Si se trata [...] de un régimen procesal estructurado sobre la base de la pluralidad de instancias ordinarias, y con mayor razón si rige el principio de escritura, es evidente que la institución de la primera instancia

<sup>48</sup> PALACIO, ob. cit., p. 314.

<sup>49</sup> Se ha dicho que "técnicamente el juez único ofrece menos garantías que el tribunal colegiado, pero un buen juez es preferible a tres malos jueces, lo que quiere decir que no es cuestión de número sino de calidades..." Conf. ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1956, ps. 134/135.

unipersonal incide en beneficio de la agilidad en el trámite de las causas y posibilita un más adecuado contacto del elemento juzgador con los materiales del proceso...”<sup>50</sup>

Por ello en general se reserva el régimen colegiado para los tribunales superiores<sup>51</sup>.

Dentro del Derecho argentino, generalmente los tribunales de primera instancia se hallan a cargo de órganos unipersonales, en tanto que el conocimiento de los recursos corresponde a los colegiados<sup>52</sup>, criterio similar es el vigente en Venezuela<sup>53</sup>, mientras que en Italia los tribunales administrativos, tanto de primera como de segunda instancia, son colegiados<sup>54</sup>.

Por lo tanto entiendo que, cuando se trata de una instancia revisora, la conformación pluripersonal del tribunal es más apropiada, el trámite más simple, las etapas procesales se limitan sustancialmente, y los análisis se circunscriben al agravio planteado.

Reitero, el proyecto ha efectuado una opción, habiendo dejado la posibilidad de establecer tribunales unipersonales en la primera instancia.

**Art. 16 Decisiones no colegiadas. El presidente del tribunal o un magistrado competente puede decidir en los siguientes casos: homologación de desistimientos; extinción del objeto del litigio; declaración de la caducidad de la acción; desestimación de demandas evidentemente inadmisibles; litigios idénticos, en cuanto a la solución jurídica y a los hechos principales, a otro anteriormente juzgado por sentencia firme.**

4. El proyecto ha optado por establecer qué actos judiciales pueden ser emitidos, dentro de un tribunal colegiado, por uno de sus miembros.

<sup>50</sup> Conf. PALACIO, ob. cit., p. 314.

<sup>51</sup> “...la colegialidad garantiza la percepción acabada de la observación y la ponderación del juicio; por el contrario, aumenta el peso y el costo del órgano judicial: por eso se reserva a los oficios superiores...” CARNELUTTI, ob. cit., p. 202.

<sup>52</sup> Conf. PALACIO, ob. cit., t. I, p. 313.

<sup>53</sup> Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la República Bolivariana de Venezuela, art. 11.

<sup>54</sup> Italia, *Código del Proceso Amministrativo* (Decreto Legislativo del 2-7-2010), arts. 5º/6º.

La norma no distingue entre los actos del presidente del tribunal o de uno de los magistrados, es decir deja a la normativa inferior la posibilidad de establecer cuál de los integrantes del tribunal podrá y en qué casos suscribir las resoluciones a que hace referencia.

El primer tema a considerar es si se trata de una enumeración taxativa o meramente enunciativa, ya que en todos los supuestos se hace referencia a sentencias y no meros actos de trámite. A su vez son pronunciamientos definitivos ya que finalizan el proceso de la correspondiente instancia.

Teniendo en cuenta el establecimiento de tribunales colegiados –como regla–, considero que la mención efectuada por la norma resulta taxativa, ya que se ha optado por el hecho de que los decisorios cuenten con un debate y análisis del conjunto de magistrados.

Es que la idea central de todo organismo colegiado es su funcionamiento como cuerpo deliberativo, es decir sus decisiones se toman por consenso, y según las mayorías que se establezcan; resultando esencial la deliberación e intercambio de opiniones, no bastando –en términos de la Corte Suprema argentina– una mera sumatoria o colección de opiniones individuales o aisladas de sus integrantes, cuando ellas deben ser el producto de un intercambio racional de ideas<sup>55</sup>.

Las decisiones del colegio deberán, en suma, expresar claramente la voluntad de la mayoría, y resultar así una unidad lógico-jurídica que resultará válida a la luz de los razonamientos y fundamentaciones que se efectúen, para así establecer la “voluntad” del órgano<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> CSJN, *Fallos*: 344:303, 338:1322, 338:693, 334:490, entre muchos otros.

<sup>56</sup> En *Fallos*: 343:2135, el juez Rosatti expuso “que allende el respeto por las opiniones individuales y las disidencias, los magistrados que conforman los tribunales colegiados deben asegurar que su deliberación arribe –cuando menos– a un acuerdo mayoritario sobre un mínimo de razones comunes que constituyan el fundamento lógico y jurídico del fallo. Sobre esa comunidad sustancial de razones se erige la sentencia, que representa la voluntad del tribunal como órgano colectivo, la cual debe identificarse con la voluntad de la mayoría de sus miembros, en ausencia de unanimidad. Dicho de otro modo: no basta con el nudo imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva para dar validez y fijar los alcances de un pronunciamiento si éste se asienta en motivaciones lógicamente desconectadas y/o sustantivamente inconciliables...”

**Art. 17 Juez unipersonal:**

- (1) En primera instancia, la ley puede determinar los litigios que serán juzgados por un juez único, según la complejidad de los hechos y del derecho y la importancia del litigio. En este caso, el juez único puede ser miembro del tribunal o constituir un órgano jurisdiccional unipersonal.
- (2) El juez único miembro del tribunal puede, siempre que lo estime oportuno, reenviar el conocimiento del litigio al órgano colegiado competente<sup>57</sup>.

5. Ya se expuso que el criterio general plasmado ha sido el establecer tribunales colegiados, mas la existencia de una primera instancia unipersonal es considerada como un instrumento de la política judicial que, a la luz de la configuración del universo de contiendas, volumen, complejidad y por sobre todo la realidad fáctica de cada Estado, podrá establecer por utilidad que determinadas competencias sean asignadas a órganos unipersonales.

Los criterios de distribución de competencia resultan ser –según el proyecto– la complejidad de los hechos, del Derecho o la importancia del litigio.

Será solamente en los supuestos en los que le ha sido atribuida su competencia que el órgano pueda ejercer las facultades inherentes al desempeño de sus funciones, por ello siendo criterios limitativos deviene imprescindible la regulación clara de los ámbitos de cognición.

En lo que hace a este último, si el proyecto ha optado por un criterio objetivo, la importancia será de naturaleza meramente crematística, es decir se atribuirá competencia por el valor económico de una relación jurídica; si por el contrario se hace referencia a la naturaleza de los mismos, se pierde el carácter objetivo para, al igual que en los otros supuestos, subjetivizarse.

Asimismo, nada impide que un tema monetariamente “menor” posea entidad y complejidad institucional o jurídica.

En suma, la atribución de competencia que apunte a la materia,

<sup>57</sup> *Referencias legislativas:* Alemania: § 6, VwGO; Brasil: arts. 932, IV, 995, parágr. único, 1019, I, 1021, del *Código de Processo Civil*; España: art. 8º, LJCA; Francia: art. R. 222-13; Venezuela: arts. 19 y 21, LOJCA; Italia: art. 56, CPA.

pero desde la óptica de su calificación como compleja o simple, deviene en un mero criterio subjetivo y de dificultosa aplicación a los supuestos en los cuales la competencia del fuero es subjetiva y no por materia.

Cuando, por el contrario, el contencioso administrativo se determina por la materia, la asignación de competencias –que deberá ser clara y concretamente establecida por ley–, así como la asignación de procesos determinados a los tribunales unipersonales bajo tales parámetros, parte de presuponer que los jueces unipersonales poseen una idoneidad condicionada por el grado de dificultad o monto. Criterio que –aclaro– no se comparte.

Teniendo en cuenta que se trata de tribunales técnicos, que median sistemas de selección en resguardo de la idoneidad que para el acceso a la función se requiere, los límites impuestos –entiendo– no reflejan una realidad, sino una presunción que no divide el conocimiento del asunto a la luz del resguardo del derecho a recurrir, y sólo se afirma en la supuesta superioridad del sistema colegiado.

Es que si la asignación resulta de límites o criterios objetivos se presupone que el legislador estima al juez como idóneo por su especialidad, más cuando las razones son subjetivas, ello no es así; lo que a su vez resulta inentendible en un sistema de duplicidad de instancia, vía apelación.

**Art. 18 *Medidas cautelares por un juez único. Las medidas cautelares pueden ser dictadas por un juez único*<sup>58</sup>.**

El tratamiento del presente corresponde por remisión a los comentarios al Título V del Código.

### **Bibliografía**

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1956.

<sup>58</sup> *Referencias legislativas*: Alemania: § 80 VIII, VwGO; Brasil: arts. 995, parágr. único y 1019, I, del *Código de Processo Civil*; España: art. 130, LJCA; Francia: art. L. 511-2; Venezuela: art. 69, LOJCA; Italia: art. 56, CPA.

BAZÁN, Víctor, *¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?*, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 20, año 2009. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5860>.

CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, t. I, vol. I.

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, trad. de la 5ª ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959, vol. I.

CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Reus, Madrid, 1925, t. I.

Código de Proceso Administrativo, actualizado al 19 de octubre de 2020.

Código de Proceso Civil brasileño (ley 13.105).

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1958.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, 3ª ed., Universidad, Buenos Aires.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

— *Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría general del Derecho Procesal*, Jusbaire, Buenos Aires, 2020, t. I.

Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la República Bolivariana de Venezuela (ley 39.447).

Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España (ley 29/1998).

PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2017.

SAGÜÉS, Néstor, *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, N° 1, julio de 2006. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040202>.

## *Jurisprudencia*

### *Corte IDH*

“Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas.

“Caso Mohamed vs. Argentina”, sentencia del 23 de noviembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

“Caso Spoltore vs. Argentina”, sentencia del 9 de junio de 2020, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

“Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina”, sentencia del 20 de julio de 2020, Fondo y Reparaciones.

“Caso Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 15 de febrero de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

### *CSJN*

*Fallos:* 25:364.

*Fallos:* 307:1094.

*Fallos:* 310:1424.

*Fallos:* 311:1644.

*Fallos:* 312:2007.

*Fallos:* 320:1660.

*Fallos:* 321:3201.

*Fallos:* 323:555.

*Fallos:* 324:3219.

*Fallos:* 325:1227.

*Fallos:* 327:3117.

*Fallos:* 334:287.

*Fallos:* 334:490.

*Fallos:* 335:2333.

*Fallos:* 338:693.

*Fallos:* 338:1322.

*Fallos:* 342:2344.

*Fallos:* 343:42.

*Fallos:* 343:2135.

*Fallos:* 344:303.

### *STC*

Nº 102/1984 del 12 de noviembre.

Nº 51/1985 del 19 de abril.

Nº 89/1995 del 6 de junio.





### TÍTULO III

#### COMPETENCIA \*

**Art. 19** *Competencia territorial:*

- (1) El tribunal territorialmente competente es el del lugar de la ejecución de la actuación administrativa en el sentido del artículo 1º, párrafo 2º, sea de carácter decisorio, contractual o de hecho.
- (2) En caso de acción de responsabilidad extracontractual, se tiene en cuenta el lugar de origen del hecho generador, salvo que el perjuicio se encuentre ligado a la adopción de una decisión, caso en el cual el tribunal competente es el que pueda pronunciarse sobre la legalidad de la decisión.
- (3) En caso de impugnación de un reglamento, el tribunal competente es el del lugar en donde se encuentre la autoridad que ha dictado el reglamento discutido.

**Art. 20** *Reenvío prejudicial de legalidad:*

- (1) Cuando un juez considere que un reglamento aplicable al caso es ilegal, debe reenviar el asunto al juez competente para conocer de la pretensión de anulación del reglamento (artículo 19, párrafo 3º), el cual debe pronunciarse en un plazo razonable sobre la legalidad del reglamento.
- (2) Antes de decidir sobre una demanda que plantee una cuestión de derecho nueva que conlleve una dificultad seria y pueda ser objeto de un número elevado de procesos, el tribunal puede reenviar esta cuestión a la Corte Suprema.
- (3) En caso de reenvío según los párrafos precedentes se establece un incidente, con suspensión del proceso original hasta

\* Arts. 19 y 20 comentados por RICARDO PERLINGEIRO y LUÍSA SILVA SCHMIDT.

**la obtención de una solución definitiva, la cual debe dictarse en un plazo razonable. La decisión sobre este incidente tiene efectos *erga omnes*.**

## 1. Introducción

Los artículos 19 y 20 del Código Modelo establecen normas que definen el órgano judicial competente quien conoce de los asuntos que afecten a la actuación administrativa.

El asunto está relacionado con el principio del juez natural previsto en el artículo 9º del Código Modelo, ya que el objetivo principal de las reglas de competencia es garantizar que el caso sea conocido y juzgado por su juez natural. También puede verse relacionado con la garantía del debido proceso ya que, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juicio del caso por el juez natural cuya jurisdicción ha sido previamente establecida por la ley es una condición previa sin la cual esta garantía no puede considerarse cumplida<sup>1</sup>.

La competencia sólo puede ser asignada o suprimida por la ley. Esto se traduce en identificar la competencia como una cuestión de orden público, así como la imposibilidad de renunciar a su ejercicio<sup>2</sup>.

En este sentido, es importante destacar que las actuaciones administrativas que dan lugar a la valoración judicial son las más diversas. Pueden ser: i) positivas o negativas (omisiones); ii) que surjan de un acto material de la administración (inclusive de un acto ilegal) o de un acto administrativo en sí; iii) de efectos concretos (acto adminis-

<sup>1</sup> Corte IDH, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 17-11-2009, serie C, Nº 20, §§ 75 a 77.

<sup>2</sup> *Code de Justice Administrative francés* (disponible en [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070933?init=true&page=1&query=cja&searchField=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933?init=true&page=1&query=cja&searchField=ALL&tab_selection=all), consultado el 14-5-2021), art. R322-2; *Codice del Processo Amministrativo* –CPA italiano– (decreto legislativo del 2-7-2010, Nº 104, disponible en <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2010-07-02;104>, consultado el 14-5-2021), art. 13.1; *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* –CPTA portugués– (ley 15/2002, disponible en <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/view?cid=1682>, consultado el 27-6-2021), art. 13. La excepción es la posibilidad de elegir un foro en materia contractual (art. R312-2, *Code de Justice Administrative francés*).

trativo) o abstractos (reglamento); iv) de efectos individuales o generales. Estas diferentes características influyen en la definición de competencia.

Un acto administrativo puede afectar, además del destinatario, los intereses individuales de terceros o el propio interés público, especialmente en el caso de un acto favorable al particular<sup>3</sup>.

A su vez, el reglamento puede incidir en intereses difusos, que son aquellos indivisibles, pertenecientes indistintamente al conjunto de la sociedad (como el medio ambiente), o colectivos, que, aunque también indivisibles, conciernen a un solo segmento de la sociedad (como el derecho de una categoría de servidores públicos a una determinada bonificación salarial debido a las peculiares condiciones en las que se realiza el trabajo). El reglamento también puede servir de base para una acción común que alcanza la esfera jurídica de varios particulares (como una obra pública que provoca la desvalorización de varios inmuebles del vecindario), exigiendo una solución uniforme. En tales casos en los que una misma acción administrativa tiene el potencial para alcanzar, de forma análoga, derechos individuales de un gran número de personas de manera similar y, en consecuencia, generar numerosos litigios<sup>4</sup>, éstos, aunque individuales, requieren una solución uniforme. Todas estas situaciones requieren un trato diferenciado en cuanto a la competencia para su apreciación.

## 2. Competencia para impugnar actos con efectos individuales

Los párrafos primero y segundo del artículo 19 se refieren a la competencia para el examen de las actuaciones administrativas de efectos concretos e individuales que se agotan en la esfera jurídica del destinatario o, si alcanza a terceros, lo hagan en un número reducido,

<sup>3</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa: lições*, 17ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 21.

<sup>4</sup> El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, formulado en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, denomina a esta categoría de derechos colectivos formada por el conjunto de derechos individuales derivados de un origen común como “derechos individuales homogéneos” (ver PELLEGRINI GRINOVER, Ada *et al.*, *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, art. 1º, II).

sin posibilidad de generar litigios masivos. En tales casos, el Código Modelo eligió el criterio territorial para establecer la competencia.

La distribución legal de las competencias jurisdiccionales suele basarse en los siguientes criterios: i) objetivo, por razón del asunto, con la creación de tribunales especializados en el análisis de determinados temas<sup>5</sup>; ii) subjetivo, cuando la asignación de competencia tenga en cuenta la naturaleza de la parte<sup>6</sup> o características inherentes a la función desempeñada por la autoridad administrativa que justifique un trato diferenciado, como el fuero privilegiado<sup>7</sup>; iii) en razón al contenido económico de la demanda, vinculando el examen de causas de mayor valor a los órganos de instancia superior, y el de demandas de menor

<sup>5</sup> La propia jurisdicción administrativa es un ejemplo de este criterio de distribución de competencias.

<sup>6</sup> En Brasil, el art. 109, I, de la Constitución Federal (disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acceso el 29-7-2021) asigna a *Jus-tiça Federal* competencia para juzgar casos que involucren a entidades públicas federales, ya sean miembros de la administración central o descentralizada (como agencias y empresas públicas). En Venezuela, el art. 9.8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (ley 39.447, del 16-6-2010, disponible en [http://www.contraloriaestadotachira.gob.ve/site/uploads/pdf/normativa\\_legal/Ley%20Organica%20de%20la%20Jurisdiccion%20Contencioso%20Administrativa%202010.pdf](http://www.contraloriaestadotachira.gob.ve/site/uploads/pdf/normativa_legal/Ley%20Organica%20de%20la%20Jurisdiccion%20Contencioso%20Administrativa%202010.pdf), acceso el 28-7-2021) asigna a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa conocer todas las reclamaciones contra la República, los Estados, los municipios, los institutos autónomos, las entidades públicas, las empresas o cualquier otra forma de asociación en la que las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva.

<sup>7</sup> En el Brasil, el *mandado de segurança* contra el acto de las autoridades de jerarquía superior, como el presidente de la República, los órganos rectores de la Cámara de Diputados y el Senado Federal y el fiscal general de la República, es competencia del Tribunal Supremo (art. 103, I, d, de la Constitución Federal), los actos de los ministros de Estado están sujetos a un *mandado de segurança* ante el Tribunal Superior de Justicia (art. 105, I, b, de la Constitución Federal) y los actos de las demás autoridades federales dan lugar a un *mandado de segurança* ante el juez federal de primera instancia (art. 109, VIII, de la Constitución Federal). En Venezuela, las demandas contra actos comisivos u omisivos del presidente y vicepresidente de la República, los ministros y las máximas autoridades de los demás órganos de *status* constitucional son competencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mientras que las demandas contra actos comisivos y omisivos de autoridades estatales, municipales y locales son competencia de los Juzgados Superiores Estatales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 23, 3º y 4º, y 25, 4º, 5º y 8º, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

valor a los órganos de instancia inferior<sup>8</sup>, y iv) en razón de la ubicación, cuando la competencia se relaciona con el lugar de actuación del órgano jurisdiccional. Estos criterios podrán adoptarse por sí solos o acumulativamente y, en este último caso, el órgano jurisdiccional será considerado incompetente si no los cumple todos simultáneamente.

El Código Modelo consagra el criterio territorial al atribuir competencia al tribunal judicial del lugar de ejecución de la actuación administrativa de carácter decisorio, contractual o fáctico<sup>9</sup>, combinado

<sup>8</sup> En Brasil, véase el art. 3° de la ley 10.259 del 12-7-2001 (disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm), acceso el 28-7-2021), que atribuye a los Juzgados Especiales Federales la competencia para juzgar causas de hasta 60 salarios mínimos que involucren la Unión, entidades autárquicas y empresas públicas federales, mediante un procedimiento simplificado, y el art. 2° de la ley 12.153, del 22-12-2009 (disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm), acceso el 28-7-2021), que asigna al Juzgado Especial de Hacienda Pública la competencia para conocer causas civiles de hasta 60 salarios mínimos de interés de los Estados, del distrito federal y de los municipios. En Colombia, el art. 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437, del 18-1-2011, disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>, consultado el 28-7-2021) atribuye a los Tribunales Administrativos competencia para conocer, en primera instancia, de los asuntos relativos a la nulidad y restablecimiento del derecho que controviertan actos administrativos, causas fiscales y contratos administrativos, cuando el valor exceda de 500 salarios mínimos vigentes, atribuyendo las mismas causas, cuando se trate de valor que no exceda de este límite, a tribunales unipersonales (art. 155 del mismo Código). En Venezuela, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia tendrá jurisdicción para conocer de las demandas en que la República, los Estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público, empresa o cualquier otra forma de asociación en la que las personas jurídicas antes mencionadas tengan una participación decisiva si su cuantía excede de 70.000 unidades tributarias; si el valor de la causa excede de 30.000 unidades impositivas pero no excede de 70.000, esta jurisdicción es de los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; mientras que, si el valor del asunto no excede de 30.000 unidades fiscales, la jurisdicción es de los Juzgados Superiores Estatales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 23, 1° y 2°, 24, 1° y 2°, y 25, 1° y 2°, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

<sup>9</sup> Como las leyes de Italia (art. 13.1 del *Codice del Processo Amministrativo*, Decreto Legislativo del 2-7-2010, N° 104, disponible en <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2010-07-02;104>, consultado el 14-5-2021); Brasil, sólo en relación con la acción popular (art. 5° de la Ley de Acción Popular 4717 de 1965, disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm), ac-

con el criterio objetivo, remitiéndonos al artículo 1º, parágrafo 2º, que define el alcance de la jurisdicción administrativa.

Algunas legislaciones nacionales optan por vincular la competencia al lugar de residencia del demandante<sup>10</sup>, lo que se apoya en la idea de facilitar el acceso a la justicia. Sin embargo, el Código Modelo privilegia la seguridad jurídica y la uniformidad de las decisiones adoptadas en el control de la actuación administrativa. Esto se debe a que tales atributos podrían ser vulnerables si los actos de la misma autoridad estuvieran sujetos a la competencia concurrente de diferentes órganos jurisdiccionales. Además, la creciente informatización y la práctica a distancia de actos procesales, por medios electrónicos, relativizan la necesidad de proximidad física del juzgado.

En este contexto, la atribución de competencia judicial sobre el lugar de ejecución de una acción administrativa de carácter decisorio, contractual o fáctico se aproxima a las normas sobre competencia de las autoridades administrativas.

ceso el 29-7-2021); Colombia (art. 156, 1º y 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo); Costa Rica (art. 7º, a, y b, Código Procesal Contencioso-Administrativo, disponible en [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=57436](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=57436), acceso el 28-7-2021); Nicaragua (art. 24 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo 350, del 18-5-2000, disponible en <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aaea87dac762406257265005d21f7/b28d19ba95038708062572440064b575?OpenDocument>, acceso el 28-7-2021), y Perú (art. 10 de la ley que regula el proceso contencioso administrativo 27.584, del 29-8-2008, disponible en <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27584.pdf>, acceso el 28-7-2021, con competencia concurrente con la jurisdicción del domicilio de la parte demandada).

<sup>10</sup> Art. 156, 2º y 10, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia; el párrafo 2º del artículo 109 de la Constitución Federal del Brasil, que también establece la competencia concurrente entre los lugares del acto o hecho que dio lugar a la demanda; art. 14.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de España (ley 29/1998, de 13 julio, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16718>, consultado el 14-5-2021), que, en los casos que se especifican en la disposición, exceptúa la regla general que atribuye competencia al órgano jurisdiccional en cuya competencia territorial se basa el órgano competente para la edición del acto impugnado; art. 16 del Código de Procedimiento de los Tribunales Administrativos de Portugal (ley 15/2002, disponible en <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/view?cid=1682>, acceso el 28-7-2021).

En cuanto a las competencias de las autoridades administrativas, consisten en las facultades funcionales, de carácter instrumental, conferidas a los órganos que integran las entidades públicas para posibilitar el cumplimiento de sus atribuciones. En este punto, debe aclararse que las atribuciones no se confunden con las competencias, ya que las primeras designan los fines genéricos que deben alcanzar las entidades de Derecho Público, mientras que las segundas, como se ha visto anteriormente, consisten en el conjunto de competencias conferidas por la ley a los organismos que las integran para permitir la realización de dichas finalidades.

De esta manera, las atribuciones y las competencias administrativas se limitan entre sí, porque así como un órgano no puede utilizar competencias que no le han sido asignadas por ley con el fin de cumplir con las atribuciones de la persona jurídica que integra, tampoco puede ejercer su competencia de una manera ajena a las atribuciones de la persona jurídica a la que pertenece<sup>11</sup>. Lo mismo puede decirse de la jurisdicción y la competencia del juez ya que, así como un órgano de jurisdicción administrativo no puede conocer actuaciones administrativas de carácter decisorio, contractual o fáctico más allá de su competencia territorial, tampoco puede conocer de las actuaciones de organismos públicos que, aunque ejecutadas en áreas bajo su competencia, escapan al alcance de su jurisdicción, como, por ejemplo, las actuaciones privadas de las entidades públicas<sup>12</sup>.

Volviendo a las competencias administrativas, su distribución también se basa en algunos criterios: i) en razón de la materia, cuando la ley distribuye las competencias entre los órganos de acuerdo con su contenido; ii) en razón de la jerarquía, cuando la ley lleve a cabo la repartición vertical de competencias entre superiores y subalternos; iii) en razón del territorio, cuando las competencias se reparten entre los órganos en función de su circunscripción geográfica; iv) en razón

<sup>11</sup> AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, vol. I, ps. 639-640.

<sup>12</sup> Sobre los criterios de diferenciación entre el régimen jurídico del Derecho Público y el del Derecho Privado, véase WEIL, Prosper y POUYAUD, Dominique, *Le Droit Administratif*, 25ª ed. act., Prensas Universidad de France –PUF–, Paris, 2017, ps. 65 y ss.

del tiempo, cuando la ley limita la competencia administrativa en relación con los hechos presentes, impidiendo la práctica de actos con efectos retroactivos o diferidos, o cuando la ley fije un plazo para su ejercicio<sup>13-14</sup>.

Lo ideal sería que se diera una correlación entre las reglas de competencia administrativa y jurisdiccional<sup>15</sup>, de modo que no haya concurrencia de tribunales competentes para conocer el acto perpetrado por la misma autoridad, proporcionando que el control judicial sobre los actos administrativos se ejerza de manera uniforme y coherente. En este sentido, las legislaciones de algunos países, como Alemania<sup>16</sup>, Francia<sup>17</sup> y España<sup>18</sup>, vinculan la competencia territorial del tribunal de justicia administrativa al lugar donde se encuentra la autoridad responsable del acto o decisión impugnada, de modo que la atribución de competencia jurisdiccional termina coincidiendo con la competencia administrativa<sup>19</sup>. En Costa Rica, por el contrario, la ley condiciona la

<sup>13</sup> AMARAL, ob. cit., ps. 644 y 645.

<sup>14</sup> Véase el artículo 14.b, de la Ley Nacional y Reglamentación de Procedimientos Administrativos de Argentina (ley 19.549, del 3-4-72, disponible en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=22363>, acceso el 26-7-2021); artículo 25 del Decreto Supremo 27.113 de Bolivia (reglamenta la ley 2341 del 23-4-2002, de Procedimiento Administrativo, para su aplicación en el Poder Ejecutivo, disponible en <https://migracion.gob.bo/documentos/pdf/DS27113.pdf>, acceso el 28-7-2021); artículos 60 a 65 de la Ley General de la Administración Pública costarricense (ley 6227, del 2-5-78, disponible en [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=13231](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=13231), acceso el 28-7-2021).

<sup>15</sup> Véase SCHMIDT, Luísa Silva, *Competência administrativa e hierarquia na tomada de decisões – uma distinção necessária*, en PERLINGEIRO, Ricardo (coord.), *Estudos sobre procedimento administrativo*, Livro eletrônico, Nupej, Niterói, Rio de Janeiro, 2022, ps. 32-49.

<sup>16</sup> Art. 52, 2° y 3° del Código de la Jurisdicción Administrativa (VwGo).

<sup>17</sup> Art. R312-1 del *Code de Justice Administrative*.

<sup>18</sup> Art. 14.1, regla general, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>19</sup> En Brasil, la competencia para el análisis de un *mandado de segurança* contra un acto de autoridad pública o de una persona física o privada en el ejercicio de atribuciones del poder público (ley 12.016, de 7-8-2009, disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm), consultado el 14-5-2021, art. 1°) se atribuyó tradicionalmente al juzgado de la sede de la autoridad de ejecución (en este sentido: Tribunal Superior de Justicia, AgRg no AREsp 721.540/DF, Rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Clase, juzgado el 25-8-2015, DJe del 16-11-



distribución territorial de las competencias administrativas a las normas que establecen la competencia jurisdiccional en materia civil<sup>20</sup>.

El mismo razonamiento justifica también la atribución de competencia para la impugnación judicial del reglamento, del que trata el artículo 19.3 del Código Modelo. En efecto, si la competencia para la emisión de un reglamento se confiere a una autoridad administrativa jerárquicamente superior, extendiendo sus efectos sobre un territorio amplio, no tendría sentido asignar competencia jurisdiccional para el análisis de dicho reglamento a un órgano jurisdiccional que comprende un territorio limitado<sup>21</sup>.

Este razonamiento, por supuesto, no se aplica en el caso de la responsabilidad extracontractual, ya que en este asunto el daño no resulta del ejercicio de la competencia administrativa, y la atribución de jurisdicción al lugar del evento generador está relacionada con la facilitación de la producción de pruebas.

En el ámbito de la responsabilidad civil por la comisión de actos administrativos ilegales, el Código Modelo admite el conocimiento de cuestión que, en algunos sistemas, como el alemán<sup>22</sup>, quedaría excluido de la evaluación de los tribunales administrativos. Así, al incluir la responsabilidad extracontractual como inherente a la jurisdicción ad-

2015), y por lo tanto estaba alineado con la competencia administrativa. Sin embargo, a partir de 2017 se realizó un cambio en la jurisprudencia, sobre la base de facilitar el acceso a la justicia, comenzando a admitir la elección por parte del demandante entre la jurisdicción de su domicilio y la sede funcional de la autoridad de ejecución (STJ, AgInt en CC 147.361-DF, Rel. ministra Regina Helena Costa, Primera Sección, juzgado el 11-10-2017, DJe del 19-10-2017; AgInt no CC 150.269/AL, Rel. ministro Francisco Falcão, Primera Sección, juzgado el 14-6-2017, DJe del 22-6-2017).

<sup>20</sup> El art. 61.1 de la Ley General de la Administración Pública prevé que “[p]ara determinar la competencia administrativa por razón del territorio serán aplicables las normas respectivas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia civil”.

<sup>21</sup> La legislación francesa también hace esta distinción al atribuir las demandas relativas a cuestiones pecuniarias de interés de los servidores públicos y demás agentes estatales a la competencia del juzgado del lugar de empleo del funcionario en caso de una decisión individual, mientras que la decisión colectiva sobre el mismo asunto es responsabilidad del tribunal del local en el que se basa la autoridad que ha editado el reglamento en discusión (*Códe de Justice Administrative*, art. R312-12).

<sup>22</sup> Véase el artículo 40 del Código alemán de la Jurisdicción Administrativa (VwGO).

ministrativa, el Código Modelo establece, en el artículo 19.2, la primera parte, una regla de competencia diferenciada, similar a la de los procesos de Derecho Privado. La excepción se refiere a los casos en que la responsabilidad civil surge de la adopción de una decisión administrativa. En éstos, el núcleo de la cuestión seguirá siendo la legalidad del acto administrativo por lo que es necesario adoptar la misma regla de competencia, so pena de dejar sin sentido el contenido de los números 1 y 3 del artículo en cuestión, por el simple hecho de buscar pérdidas y daños por la práctica de un acto ilegal.

En este sentido, en la legislación francesa, la acción basada en la responsabilidad extracontractual derivada de una decisión le corresponde al tribunal competente para conocer de la anulación de dicha decisión, mientras que la acción por responsabilidad extracontractual derivada de obras públicas, accidente de tráfico o acción material de la administración se atribuye al tribunal del lugar del hecho generador del daño. En los casos que no encuadran en las dos situaciones anteriores, la competencia es del tribunal donde el demandante tiene su residencia o su sede<sup>23</sup>. Del mismo modo, la legislación portuguesa establece que las pretensiones en materia de responsabilidad civil extracontractual se conocen en el tribunal del lugar donde ocurrió el hecho constitutivo de la responsabilidad, excepto si éste proviene de la práctica o de la omisión de un acto administrativo o de una norma, cuando la pretensión será conocida en el tribunal competente para que se pronuncie sobre la legalidad de la actuación o de la omisión<sup>24</sup>.

En resumen, se puede decir que los numerales 1 y 3 del artículo 19 contienen reglas de competencia específicas para las causas de Derecho Público, mientras que el numeral 2, primera parte, contiene una regla típica de Derecho Privado.

### **3. Competencia para la impugnación de un reglamento**

El artículo 19.3, como se ha dicho, establece la competencia del

<sup>23</sup> Art. R312-14 del *Code de Justice Administrative*.

<sup>24</sup> Art. 18 del Código de Procedimiento en los Tribunales Administrativos (ley 15/2002).

tribunal del lugar donde se establezca la autoridad para el control de las reglas establecidas por la misma.

Dentro de la organización administrativa, la elaboración de tales actos, de verdadero contenido normativo y alcance general, está reservada a las autoridades jerárquicamente superiores, de lo que deriva, paralelamente, la competencia de un tribunal especializado o de instancia superior, con jurisdicción territorial sobre el área en que surte efecto la actuación administrativa impugnada. En este sentido, varios ordenamientos jurídicos nacionales atribuyen a los órganos superiores del sistema de la justicia administrativa la competencia para conocer la legalidad de los reglamentos y establecer su interpretación, como en el colombiano<sup>25</sup>, el costarricense<sup>26</sup>, el mexicano<sup>27</sup>, el nicaragüense<sup>28</sup> y el venezolano<sup>29</sup>.

De hecho, el control de los reglamentos guarda similitudes con el control de constitucionalidad de las leyes, que tiene por objeto actos dotados de generalidad, carácter impersonal y abstracto, proyectando efectos normativos. Por otro lado, en el control de los actos administrativos, además de los reglamentos, los actos concretos también pueden proyectar efectos generales, incluso si se limitan a una categoría de personas, como puede ser un anuncio de licitación.

En un sistema de control concentrado de los reglamentos, sólo un tribunal tiene competencia para decidir las impugnaciones que se le presenten. La cuestión se vuelve compleja cuando se trata de un sistema de control difuso, en el que la competencia para conocer un asunto en particular se confiere a más de un órgano jurisdiccional. En estos casos de competencia concurrente, se elige por sorteo el órgano competente, y se adoptan mecanismos de modificación de competencia,

<sup>25</sup> Art. 149, especialmente el 1º, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>26</sup> Art. 135, 3º, a, y 4º, del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

<sup>27</sup> Art. 3º, I de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (ley de 6-12-2007, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LO-TFJA.pdf>, acceso el 29-7-2021).

<sup>28</sup> Art. 36 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

<sup>29</sup> Art. 23, 5º y 21, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

como la litispendencia, conexión y prevención del juez designado en primer lugar, con el fin de evitar que más de un juez conozca sobre el mismo proceso<sup>30</sup>.

Es más, se admite un concepto individual de demanda en el ámbito judicial, incluso si en última instancia se basa en la validez de una norma. Al otorgar a varios jueces la competencia de controlar la legalidad de un mismo reglamento a la luz de las demandas individuales que se les presenten, el sistema de control difuso abre el margen para la coexistencia de decisiones judiciales diferentes e incluso contradictorias, generando un grado de inseguridad jurídica que podría imposibilitar o contribuir al colapso de la actividad administrativa y a la prestación de servicios públicos esenciales para la comunidad<sup>31</sup>.

Por lo tanto, sobre la base de que existe un interés estrictamente individual, se permite a diferentes jueces decidir conflictos individuales en cuyo fundamento se encuentra una cuestión de interés general, como la legalidad de un reglamento. Este problema puede ocurrir incluso en sistemas de control concentrado que tienen por objeto el reglamento, y no el enfoque en pretensiones individuales que tienen por fundamento el mismo reglamento.

Estos casos ni siquiera se considerarían conexos desde la perspectiva del Derecho Privado, dada la diversidad de la causa de demanda que los sustenta. De hecho, más de una demanda individual en virtud del Derecho Privado, basadas en el mismo decreto o la misma norma, se considerarán reclamaciones distintas y serán juzgadas por órganos judiciales diferentes, lo que da lugar a la posibilidad de decisiones judiciales distintas sobre el mismo decreto o norma. Por otro lado, en el ámbito de la jurisdicción administrativa, demandas distintas basadas

<sup>30</sup> En el sentido de la asignación de competencia para conocer de las demandas relacionadas al primer juez que conoció de la materia se encuentran el art. 156, párrafo, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano; el art. 47.2 del Código Procesal Contencioso-Administrativo costarricense; el art. 32 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo mexicano (Ley Federal de 1-12-2005, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo15305.pdf>, consultado el 28-7-2021).

<sup>31</sup> PERLINGEIRO, Ricardo, *A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*, en *Revista de Direito de Estado*, Rio de Janeiro, vol. 7, Jul./Sept. 2007, ps. 262-263.

en el mismo reglamento pueden considerarse conexas y reunidas para su enjuiciamiento, como en las legislaciones de Costa Rica<sup>32</sup>, México<sup>33</sup> y Nicaragua<sup>34</sup>. En el Código Modelo, la solución prevista para este problema es el mecanismo de reenvío<sup>35</sup>.

Por otra parte, así como el control difuso y concreto de constitucionalidad da lugar a la supresión de la eficacia de una norma jurídica en el caso bajo análisis, el control difuso de la legalidad de los reglamentos, de la misma manera, podría dar lugar a una situación en la que el acto impugnado no se aplique al demandante y, sin embargo, se siga aplicando al resto de la comunidad, generando un trato desigual a los administrados con base en las circunstancias de la judicialización en una cuestión determinada. Un sistema que permita un control judicial difuso de los reglamentos, por medio de decisiones oponibles *erga omnes*, puede conducir a un desequilibrio entre los poderes estatales<sup>36</sup>.

La deficiencia estructural o la falta de confianza en el desempeño de los órganos de control también explica, en algunos sistemas judiciales, la opción por el control difuso, a ser provocado por cualquier ciudadano a través de acciones populares<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> El art. 48 del Código Procesal Contencioso-Administrativo regula el proceso unificado en los siguientes términos: “Cuando se trate de la afectación de intereses grupales, colectivos, corporativos o difusos, si en un determinado proceso después de contestada la demanda y hasta antes de concluir el juicio oral y público, el juez tramitador o el tribunal de juicio, de oficio o a gestión de parte, determinará la existencia de otros procesos, con identidad de objeto y causa, y podrá instar a los actores para que se unan en un solo proceso, sin perjuicio de actuar bajo una sola representación”.

<sup>33</sup> El art. 31, II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevé la posibilidad de acumulación de procesos pendientes cuando, aunque las partes y los daños alegados sean distintos, el acto impugnado sea el mismo.

<sup>34</sup> Art. 42 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

<sup>35</sup> Véase ítem 4 a continuación.

<sup>36</sup> Cassagne utilizó la expresión “gobierno de jueces” en una crítica al sistema de control difuso de los actos administrativos vigente en Argentina, que admite que cualquier tribunal anule, con efectos *erga omnes*, un decreto del Poder Ejecutivo (CASSAGNE, Juan Carlos y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La justicia administrativa en Iberoamérica*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 55).

<sup>37</sup> PERLINGEIRO, ob. cit., p. 262.

En esencia, la cuestión contiene una ponderación entre el derecho de acceso amplio a la jurisdicción administrativa y la promoción de la seguridad jurídica. El Código Modelo optó por privilegiar la seguridad jurídica y la isonomía entre los administrados mediante la adopción de un sistema de control concentrado de la legalidad de los reglamentos, el que debe ser ejercido por un órgano superior de lo contencioso administrativo.

De hecho, retomando el paralelismo con el control de constitucionalidad, una corte constitucional declara decisiones con efecto general porque la Constitución le otorga tal poder. Del mismo modo, a juicio del Código Modelo, la función principal de una corte suprema es garantizar la uniformidad de la jurisprudencia y el control de la legalidad de las decisiones judiciales, como se expresa en el artículo 14, que exige legitimidad constitucional.

Además, a las objeciones a la atribución de competencia a un único tribunal, que obstaculizan el pleno acceso de los ciudadanos, puede hacerse frente con la adopción de mecanismos ampliamente utilizados en la jurisdicción constitucional, como la admisión de *amicus curiae* y la celebración de consultas y audiencias públicas.

#### **4. Reenvío prejudicial de legalidad**

La jurisdicción administrativa tiene la doble misión de proteger los intereses individuales y controlar la legalidad de la acción administrativa, al tenor del artículo 1º, ítem 1, del Código Modelo. Así, las acciones que cuestionan actos administrativos practicados en el ejercicio de la función de protección de los intereses individuales le competen al juez del lugar de ejecución de la acción administrativa impugnada o, en caso de responsabilidad extracontractual, de la ocurrencia del hecho generador, según el artículo 19, ítems 1 y 2. En el caso de control de legalidad de los reglamentos, la competencia le corresponde al juez del lugar donde se encuentra la autoridad responsable de su creación, de acuerdo con el artículo 19, ítem 3.

Sin embargo, en algunos casos esta distinción no se presenta de forma clara, ya que la acción propuesta para proteger el derecho individual puede depender del control de legalidad de una actuación

administrativa de origen común, que afecta diferentes personas en una situación equivalente –como los derechos individuales de titulares distintos derivados de la misma cuestión general– o que indirectamente cause una ventaja o un gravamen a terceros en la cantidad que demuestre el interés de un grupo.

La impugnación de un acto administrativo también puede tener un rasgo colectivo si se basa en un punto común de hecho o de derecho en relación con la colectividad, es decir, en un interés difuso o colectivo, con potencial para litigios masivos.

En este contexto, la solución del litigio individual depende de una cuestión prejudicial de efectos generales, para cuyo análisis el Código Modelo atribuye competencia a un órgano diferente. La solución, en ese caso, es la adopción del procedimiento de reenvío prejudicial de legalidad contemplado en el artículo 20.

El presupuesto para reconocer un derecho individual, no siempre, puede o debe ser valorado por el juez, ya que la actividad de resolución de un conflicto de carácter individual no siempre es compatible con la dimensión colectiva del control de los reglamentos. Estas actividades requieren actuaciones judiciales basadas en criterios diferentes, ya que la protección de los intereses individuales se guía por la cláusula del debido proceso y tiene como objetivo la reparación del daño, mientras que el control de los reglamentos tiene como objetivo salvaguardar el interés público<sup>38-39</sup>.

Esta preocupación por la isonomía y la seguridad jurídica es común

<sup>38</sup> PERLINGEIRO, Ricardo, *Funções Administrativas de Implementação, Controle de Decisões Administrativas e Proteção de Direitos*, en PERLINGEIRO, Ricardo; DUARTE, Fernanda e IORIO, Rafael (organizaciones), *Estudos sobre Justiça Administrativa*, Niterói-RJ: Centro de Investigación y Extensión en Ciencias Judiciales (Nupej), 2020, ps. 49-50.

<sup>39</sup> Ejemplos de disposiciones legales que distinguen las funciones de protección de los derechos individuales y control de los reglamentos y las atribuyen a diferentes órganos se pueden encontrar en el Derecho panameño (arts. 29-42, Ley sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 135, del 30-4-43, disponible en <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/135-de-1943-may-12-1943.pdf>, acceso el 28-7-2021), dominicano (art. 7.a-b, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 1494, del 9-8-47, disponible en [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_repdom\\_sc\\_anexo\\_10\\_sp.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_repdom_sc_anexo_10_sp.pdf), acceso el 28-7-2021) y nicaragüense (arts. 17.1-2 y 35-45 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo).

a los más variados sistemas de justicia administrativa, que proponen diferentes soluciones al problema.

Una de las posibles soluciones es la adopción de precedentes de carácter vinculante<sup>40</sup>, solución que, sin embargo, tiene el inconveniente de requerir que los procesos lleguen a la última instancia para la estandarización o aprobación de estos precedentes vinculantes, lo que puede llevar tiempo, comprometiendo así el efecto deseado de unificación de interpretación y reducción de procesos<sup>41</sup>.

Otros ordenamientos jurídicos, como el alemán<sup>42</sup>, el español<sup>43</sup>, el portugués<sup>44</sup> y el brasileño<sup>45</sup>, adoptan el mecanismo del proceso ejemplar, que consiste en la reunión de procesos pendientes sobre la misma cuestión de fondo ante un único tribunal. El Código Modelo de Procedimientos Administrativos (Judicial y Extrajudicial) para Iberoamérica también incluye la institución del proceso *testigo* o piloto en casos repetitivos<sup>46</sup>. La desventaja en este caso es que la regla en el proceso ejemplar sólo abarca los procesos pendientes en el mismo tribunal. Además, si se trata de un tribunal superior, sigue teniendo el mismo inconveniente verificado en los precedentes vinculantes en cuanto al posible retraso en la consecución de una interpretación uniforme de la jurisprudencia.

<sup>40</sup> El Brasil prevé la adopción de *súmulas* (tesis que sintetizan una decisión) vinculantes en el artículo 103-A de la Constitución Federal.

<sup>41</sup> PERLINGEIRO, ob. cit., 2007, p. 265.

<sup>42</sup> Art. 93.a, del Código de la Jurisdicción Administrativa (VwGO); art. 114 del Código de la Jurisdicción Social (SGG).

<sup>43</sup> Art. 37 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>44</sup> Art. 48 del Código de Procedimiento en los Tribunales Administrativos.

<sup>45</sup> Brasil no tiene una ley específica que regule el proceso administrativo, aplicando la codificación procesal civil genérica que prevé un procedimiento diferenciado para el juicio de apelaciones sobre asunto repetitivo, inspirado en el *Musterverfahren* alemán (Código de Procedimiento Civil, ley 13.105 de 2015, disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm), acceso el 28-7-2021, arts. 1036 y ss.), además del incidente de resolución de demandas repetitivas, cuya instauración puede ser provocada por las partes, por el juez o relator o por el Ministerio Público al presidente del Tribunal competente para conocer del asunto con la posibilidad de repetirse en diversos procesos, con el fin de garantizar la isonomía y la seguridad jurídica (Código de Procedimiento Civil, arts. 976 y ss.).

<sup>46</sup> Código Modelo de Procedimiento Administrativo (Judicial y Extrajudicial) para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012, art. 35.



Algunos sistemas, como el español<sup>47</sup> y el colombiano<sup>48</sup>, también admiten el alcance de los efectos subjetivos de una decisión para aquellos que no participaron en el proceso original, como una forma de garantizar la isonomía de quienes se encuentran en la misma situación y también de evitar la multiplicación de disputas con el mismo objeto.

El Código Modelo, a su vez, optó por el reenvío de la cuestión prejudicial para el análisis por el tribunal competente para decidir sobre la legalidad del reglamento, como forma de mantener un control concentrado sobre la interpretación de una norma, incluso si la pretensión individual se le atribuye a otro juez.

El mecanismo de reenvío sirve para establecer una interpretación uniforme acerca de la validez de un reglamento o de una cuestión jurídica nueva y repetitiva proporcionando una respuesta eficaz mediante una decisión de efectos generales, a pesar de la falta de cooperación entre los numerosos litigantes individuales. Esto es de fundamental importancia, dado que la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la aplicación uniforme del Derecho son corolarios del Estado de Derecho. Además, tiene el efecto tanto de conferir celeridad al trámite de los procesos en curso, mediante la estandarización de la cuestión jurídica que se controvierte, como de evitar el trámite de nuevos procesos, asumiendo un carácter preventivo con relación a nuevas demandas<sup>49</sup>.

Muchos de los litigios individuales derivados de una misma actuación administrativa ni siquiera podrían considerarse conexos a la luz de la legislación procesal común aplicable a los casos de Derecho Privado, habida cuenta de la diversidad del fundamento fáctico que los sustenta.

Por ejemplo, las demandas judiciales que impugnan decisiones que culminan en la restricción de derechos individuales, cuestionadas por diferentes personas y en contextos autónomos, por normas procesales

<sup>47</sup> Art. 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>48</sup> Art. 102, a, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>49</sup> BLANKE, Hermann-Josef, *Demandas repetitivas na jurisdição administrativa alemã*, en *Cadernos do CEJ*, N° 29, Consejo de Justicia Federal, Centro de Estudios Judiciales, Brasilia, 2013, ps. 71-73.

ordinarias ni siquiera se podrían considerar conexas. Sin embargo, si tales impugnaciones individuales surgen de la aplicación de una misma norma administrativa (un reglamento considerado ilegal), deben tratarse de manera uniforme por la jurisdicción administrativa, bajo pena de propiciar una diferencia, censurable, entre ciudadanos en situaciones equivalentes<sup>50</sup>. La necesidad de garantizar un trato uniforme justifica la concentración de la competencia en un único tribunal que no será, necesariamente, el mismo responsable del análisis del caso concreto.

#### 4.1. *Reenvío obligatorio*

El reenvío es obligatorio cuando un reglamento aplicable al caso se considere ilegal, como lo contempla el artículo 20.1 del Código Modelo. Esto se debe a que, no teniendo el juez responsable del análisis de la pretensión individual competencia para declarar la ilegalidad de un reglamento, le corresponde remitir el asunto al tribunal competente para hacerlo, de conformidad con el artículo 19.3 del Código Modelo.

La solución tiene por objeto garantizar la uniformidad de la jurisprudencia, y la obligación del reenvío proviene de la máxima según la cual sólo a un tribunal se le debe atribuir competencia para invalidar un reglamento de efectos generales<sup>51</sup>.

Es necesario, aquí, retomar el paralelismo ya expuesto con el control de constitucionalidad de las leyes, en la medida en que el modelo de control concentrado inspiró lo previsto en el artículo 20.1. En este modelo, los jueces no están indistintamente dotados de competencia para declarar la inconstitucionalidad de un acto normativo, y esa posibilidad se restringe a un solo órgano, mediante una decisión con

<sup>50</sup> En este sentido, la legislación citada en las notas 32, 33 y 34.

<sup>51</sup> LONG, Marceau; BUENO, Prosperar; BRAIBANT, Chico; DEVOLVÉ, Pedro y GENEVOIS, Bruno, *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, trad. de la 21ª ed. francesa, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal (Boletín Oficial del Estado), Madrid, 2019, p. 1147; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01), ítem 7: "...según reiterada jurisprudencia, aunque los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la facultad de desestimar los motivos de invalidez de un acto de una institución, órgano u organismo de la Unión invocados ante ellos, la posibilidad de declarar inválido ese acto, en cambio, es competencia exclusiva del Tribunal de Justicia".

efectos generales. En el ámbito de la jurisdicción administrativa, esto significa que, siempre que se encuentre frente a un litigio que verse, incluso indirectamente, sobre el interés colectivo en sentido amplio, el órgano que imparte justicia debe suspender el proceso y someter la cuestión al tribunal competente para decidir sobre el control abstracto del reglamento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya reconoció esa aproximación con el control de constitucionalidad, también en lo que concierne al control de la compatibilidad de los actos locales con las normas internacionales de derechos humanos (“control de convencionalidad”), al admitir que la invalidez de una disposición legal, debido a su incompatibilidad con las normas internacionales de derechos humanos, se debe llevar ante el tribunal competente cuando el juez nacional no esté facultado para dejar de aplicar la norma bajo este fundamento, en una especie de reenvío<sup>52</sup>. En el marco del procedimiento administrativo, el Código Modelo de Procedimiento Administrativo (Judicial y Extrajudicial) para Iberoamérica también prevé la posibilidad de que la autoridad administrativa remita al órgano competente la decisión sobre el control de constitucionalidad o convencionalidad de la norma<sup>53</sup>.

Del mismo modo, funciona el mecanismo de decisión prejudicial en el seno de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el único ente competente para decidir sobre la interpretación del Derecho comunitario, así como sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones y órganos de la Unión Europea<sup>54</sup>. Así pues, cuando al resolver un litigio los tribunales na-

<sup>52</sup> Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 26-11-2010, Serie C, N° 220. Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, §§ 21, 22, 37 y 39.

<sup>53</sup> Código Modelo de Procedimiento Administrativo (Judicial y Extrajudicial) para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012, art. 2°, párrafo único.

<sup>54</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– (versión consolidada tras las modificaciones del Tratado de Lisboa, publicada en *Diario Oficial de la Unión Europea* [Bruselas], C 326/47, ps. 47-390, del 26-10-2012, disponible en [http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu\\_2012/oj](http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj), consultado el 1-7-2021), art. 267.

cionales afrontan una cuestión relativa a la interpretación del Derecho comunitario, repercute en el juicio ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante el reenvío, un mecanismo que tiene por objeto garantizar la interpretación y la aplicación uniformes de las normas de la Unión Europea<sup>55</sup>. La relación se establece entre un órgano jurisdiccional especializado en Derecho comunitario, encargado de establecer y normalizar la interpretación de las cuestiones que le conciernen, y un órgano jurisdiccional nacional general<sup>56</sup>, y el mismo razonamiento puede extrapolarse al reenvío prejudicial de legalidad idealizado en el Código Modelo.

Otra fuente de inspiración para esta regla fue el artículo 93.2 del Código alemán de Jurisdicción Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO), procedimiento creado judicialmente para tratar con la multiplicación de procesos derivados de una actuación administrativa común. En consideración, por un lado, entre el derecho a la tutela judicial efectiva en las controversias masivas y el principio de igualdad, frente, por otro lado, al derecho al debido proceso, desplegado en la posibilidad de que cada litigante de manera individual se valiera de todas las pruebas y alegaciones a su alcance para fundamentar su reclamo, prevaleció el primero y el instituto fue considerado constitucional y posteriormente incorporado a la legislación<sup>57</sup>.

#### 4.2. *Reenvío opcional*

El artículo 20.2 del Código Modelo permite al juez, al identificar que la reclamación formulada en el tribunal implica la interpretación de un asunto de Derecho complicado y que pueda dar lugar a un elevado número de procesos, remitir el caso al órgano competente para estandarizar la interpretación sobre dicha cuestión.

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el reenvío pre-

<sup>55</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC\\_2019\\_380\\_R\\_0001](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2019_380_R_0001), acceso el 28-7-2021), ítem 1.

<sup>56</sup> PERTEK, Jacques, *Coopération entre juges nationaux et Cour de Justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, Bruselas, 2013, §§ 25 a 27.

<sup>57</sup> BLANKE, ob. cit., ps. 67-70 y 75.

visto en el artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea también puede utilizarse para resolver “una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho”<sup>58</sup>.

Del mismo modo, varios ordenamientos jurídicos nacionales prevén la adopción de soluciones similares. En Francia, el órgano jurisdiccional que previene en primer lugar o en un grado de recurso está facultado, cuando se enfrenta a una cuestión de Derecho nueva que representa una grave dificultad, y se repita en numerosos litigios, a remitir el asunto al Consejo de Estado (*Conseil d'État*), quedando suspendida la decisión de mérito del caso individual hasta la decisión del Consejo de Estado o la expiración del plazo legal para ello<sup>59</sup>.

En Portugal, compete al pleno de la Sección de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Administrativo pronunciarse sobre el sentido en que se debe resolver una cuestión de Derecho nueva que suscita serias dificultades y que puede repetirse en otros litigios. Los órganos jurisdiccionales administrativos de primera instancia (*tribunais administrativos de círculo*) también pueden, reuniéndose con todos los jueces miembros, convocados por el presidente del tribunal, conocer sobre una cuestión de Derecho nueva que plantea serias dificultades y con la posibilidad de repetición en otros casos<sup>60</sup>.

En Colombia, el Consejo de Estado, órgano supremo de la jurisdicción administrativa, podrá, por oficio, o por provocación de tribunales inferiores, de las partes o del Ministerio Público, asumir el conocimiento de asuntos pendientes por su trascendencia jurídica, su trascendencia económica o social o bien la necesidad de unificar la jurisprudencia o resolver diferencias en su interpretación y aplicación,

<sup>58</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01), ítem 5.

<sup>59</sup> *Code de Justice Administrative*, art. L113-1.

<sup>60</sup> Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales –ETAF– (ley 13/2002, de 19 de febrero, con actualizaciones de la ley 114/2019, de 19 de febrero, disponible en <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/124642985/details/normal?q=Estatuto+dos+Tribunais+Administrativos+e+Fiscais>, consultado el 6-7-2021), arts. 25.2 y 41.

siempre que el proceso en el que se suscite el asunto se encuentre en el segundo o único nivel de tramitación<sup>61</sup>.

En Costa Rica, el juez que identifique la existencia de un asunto de gran trascendencia al interés público puede remitirlo directamente al tribunal competente, que podrá atribuirle un “trámite preferente”<sup>62</sup>.

En México, la “facultad de atracción” permite al Tribunal Administrativo, en pleno o por Secciones, juzgar asuntos que revistan carácter especial, ya sea por su interés y trascendencia, o por la necesidad de establecer, por primera vez, la interpretación de una ley, reglamento o disposición administrativa de carácter general. La “facultad de atracción” la puede ejercer el presidente del Tribunal o puede ser solicitada por las instancias inferiores<sup>63</sup>.

La facultad de reenvío, en la disposición que se comenta, no se refiere a la atribución de competencia al órgano jurisdiccional encargado del análisis de la pretensión individual para decidir definitivamente sobre la cuestión jurídica repetitiva, sino más bien al margen de la discrecionalidad atribuida al órgano jurisdiccional para identificar el asunto como susceptible de dar lugar a dificultades graves y que se puedan reproducir en un elevado número de procesos. Dado que la ley no puede anticipar todas las situaciones que, en particular, pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha disposición, ese juicio le corresponde al órgano jurisdiccional al que se asigna la cuestión.

En última instancia, el procedimiento tiene por objeto garantizar la eficacia de la protección judicial evitando la multiplicación de los litigios relativos a la misma cuestión de fondo y la proliferación de decisiones potencialmente contradictorias mediante la emisión de una interpretación vinculante por parte del órgano jurisdiccional competente para pronunciarse definitivamente sobre el asunto<sup>64</sup>.

Así pues, la selección del asunto que se decidirá en reenvío debe tener en cuenta, además de las circunstancias jurídicas, las circunstan-

<sup>61</sup> Art. 271, a, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>62</sup> Art. 60 del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

<sup>63</sup> Art. 48 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

<sup>64</sup> ANDRADE, ob. cit., ps. 138 y 139.

cias fácticas que lo rodean, a fin de generar una decisión cuyos fundamentos sean susceptibles de reproducirse en un gran número de procesos, bajo la pena de no alcanzar uno de los objetivos de la medida, cual es la economía procesal<sup>65</sup>.

#### 4.3. *Procedimiento de reenvío*

De acuerdo con el artículo 20.3 del Código Modelo, el reenvío da lugar a un incidente que se aparta del proceso inicialmente presentado para discutir asuntos individuales. De hecho, se trata de una cuestión prejudicial, porque de ella depende el juicio de la cuestión de fondo, iniciando una controversia autónoma que no se confunde con la alegación originalmente planteada –aunque sea determinante para su análisis–. Sin embargo, debido a la naturaleza de la pretensión prejudicial, que va más allá del ámbito subjetivo del proceso, así como a la necesidad de garantizar la eficacia del sistema y de la isonomía, la competencia para conocer, en reenvío, de la cuestión prejudicial, de un alcance más amplio, no puede ser la misma para conocer la cuestión de fondo, cuyo interés se limita a las partes, exigiendo así un cambio de competencia para garantizar la uniformidad del tratamiento.

El órgano encargado de resolver la cuestión prejudicial se identificará en cada ordenamiento jurídico nacional en función de la naturaleza de la cuestión jurídica planteada y de su competencia para pronunciarse definitivamente sobre la misma.

Al remitir la identificación del órgano competente a la legislación de cada país, el Código Modelo reconoce el Derecho como producto de un territorio y de un determinado momento histórico, resultante de una conjunción de idiosincrasias, tradiciones y valores<sup>66</sup>. Así, la definición del órgano legitimado democráticamente para interpretar, con efectos generales y definitivos, un reglamento o cuestión jurídica nueva debe ser hecha por la legislación de cada país, de acuerdo con las peculiaridades de su cultura jurídica.

Sin embargo, parece lógico que esta elección recaiga en el máximo órgano del sistema nacional de justicia administrativa, en la medida

<sup>65</sup> BLANKE, ob. cit., ps. 76 y 77.

<sup>66</sup> CASSAGNE, ob. cit., ps. 33 y 34.

en que consiste en el órgano encargado en última instancia de dictar la última palabra sobre el Derecho Público.

Además, es evidente que, en el desempeño de esta función, el órgano competente no puede sustituir al administrador. Aunque muchos de los parámetros de control de la actividad administrativa han tomado la forma de principios jurídicos, permitiendo su análisis por los tribunales, les continúa vedado superar el “núcleo esencial de la discrecionalidad”<sup>67</sup>.

La autonomía procesal del incidente también se ve confirmada por el hecho de que la decisión incidental sobre la legalidad del reglamento o sobre la nueva cuestión de Derecho tiene efectos *erga omnes*<sup>68</sup>, a diferencia de la decisión en el caso que dio lugar al incidente que, al discutir un derecho subjetivo, tiene efectos *inter partes*<sup>69</sup>.

Por cierto, la producción de efectos *erga omnes* es inherente a la naturaleza del acto objeto de control, ya que no es lógico que esta eficacia impersonal y general del reglamento no se refleje en la decisión judicial y también en la cosa juzgada de la misma<sup>70</sup>. La posibilidad de anulación de un reglamento mediante una decisión efectiva únicamente entre las partes rompe el deber de isonomía de la administración y crea una grave inseguridad jurídica.

El reenvío tiene lugar en los diferentes tipos de procedimientos sometidos a jurisdicción administrativa, con la obvia excepción de las

<sup>67</sup> ANDRADE, ob. cit., ps. 83 y 84 y 89.

<sup>68</sup> Arts. 20.3 y 44 del Código Modelo. De manera semejante los arts. 5° (“Siempre que la cuestión de fondo de una pretensión individual se refiera a los efectos jurídicos de una conducta administrativa de alcance general, el resultado del conflicto pasará a ser de interés para la colectividad a la que se dirige dicha conducta y, por lo tanto, la solución debe provenir de una única decisión administrativa con efectos *erga omnes*”) y 57 del Código Modelo de Procedimiento Administrativo (Judicial y Extrajudicial) para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012.

<sup>69</sup> A este respecto, el Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica (CASSAGNE y GONZÁLEZ PÉREZ, *La justicia administrativa en Iberoamérica* cit., ps. 99 y ss.) establece que la sentencia que acepte una pretensión deducida en relación con un acto administrativo sobre la base de la ilegalidad de un reglamento se limitará a la anulación del acto, dependiendo la anulación del reglamento de la adopción de un procedimiento diferenciado previsto en el artículo 46.5.

<sup>70</sup> PERLINGEIRO, ob. cit., 2007, ps. 261-262.



medidas de urgencia, ya que la rapidez y la cognición sumaria inherentes a dicho procedimiento son incompatibles con el reenvío<sup>71</sup>.

La iniciativa para iniciar el incidente de reenvío es del juez responsable del análisis de la pretensión de carácter individual, que tenga como antecedente la ilegalidad de un reglamento (art. 20.1) o una cuestión de Derecho nueva (art. 20.2)<sup>72</sup>. No sería adecuado conferir legitimidad a las partes para provocar el incidente porque no se trata de una relación jurídica contenciosa en sí misma, sino de un instrumento de cooperación entre tribunales con diferentes competencias, mediante el cual uno proporciona al otro los elementos necesarios para tomar una decisión en el caso concreto<sup>73</sup>.

Este concepto del reenvío como instrumento de cooperación entre órganos jurisdiccionales con competencias diferentes también se presta para apartar cualquier objeción que pueda plantearse en relación con la garantía de la independencia del juez, según el artículo 8.2 del Código Modelo.

La independencia se refiere a las garantías destinadas a proteger las autoridades que deciden frente a las presiones externas, como las relativas al procedimiento de nombramiento, su estabilidad en el cargo y la garantía de una remuneración adecuada, así como la garantía de una autonomía administrativa y financiera de la institución a la que pertenecen<sup>74</sup>, y no se confunde con la estructuración de los órganos jurisdiccionales en instancias, siendo los superiores siempre en menor número y en mayor alcance geográfico que los inferiores, sin que

<sup>71</sup> BLANKE, ob. cit., p. 77.

<sup>72</sup> En este sentido, las recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ítem 3: “En efecto, como la responsabilidad de la futura resolución judicial recae en el órgano jurisdiccional nacional, es a este órgano –y únicamente a él– a quien corresponde apreciar, habida cuenta de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una petición de decisión prejudicial para poder emitir su propia resolución como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia”.

<sup>73</sup> PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l’UE. Le renvoi préjudiciel* cit., §§ 35 y 36.

<sup>74</sup> PERLINGEIRO, ob. cit., 2020, ps. 34-35; arts. 7º y 8º del Código Modelo Euroamericano de Jurisdicción Administrativa.

haya, en lo que respecta a la materia judicial, vínculo de subordinación entre ellos, sino sólo la atribución de competencias diferentes<sup>75</sup>.

El órgano jurisdiccional encargado de analizar la violación de intereses individuales carece de competencia para proferir decisión que pueda producir efectos generales, lo que, por su naturaleza, compete al tribunal de alcance territorial más amplio, con el fin de garantizar uniformidad de entendimientos. A este respecto, el Consejo de Estado francés ya decidió, en el marco de la supuesta violación del principio constitucional equivalente a la norma del ordenamiento comunitario europeo, que el reenvío a la corte competente para conocer de dicha norma (en el caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) no se debe a una jerarquía entre normas, sino a la necesidad de establecer un único órgano jurisdiccional competente para su interpretación<sup>76</sup>.

El Código Modelo no estipula el momento procesal en el que debe suscitarse el reenvío, pero se recomienda que tenga lugar en una etapa en la que el órgano promotor sea capaz de definir con precisión el marco fáctico y jurídico que caracteriza la cuestión a ser uniformada, preferiblemente después de un debate contradictorio entre las partes en el procedimiento inicial<sup>77</sup>.

La suspensión del procedimiento original es una consecuencia lógica de la instauración del incidente, sin embargo, nada impide la suspensión de otros procesos sobre el mismo tema. De hecho, la suspensión está recomendada por medidas de economía procesal y efectividad de la decisión que debe ser proferida en reenvío, permaneciendo la competencia del juez del proceso inicial para el otorgamiento de medidas cautelares<sup>78</sup>.

El Código Modelo no establece un plazo para el juicio de reenvío<sup>79</sup>,

<sup>75</sup> AMARAL, ob. cit., ps. 666 y 667.

<sup>76</sup> LONG *et al.*, ob. cit., ps. 1145 y 1146.

<sup>77</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01), ítem 13.

<sup>78</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01), ítem 25.

<sup>79</sup> A diferencia del *Code de Justice Administrative* francés, que fija un plazo de tres meses para que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la cuestión prejudicial,

sin embargo, éste debe ser razonable en vista de la multiplicidad de procesos individuales que dependen de la definición de la cuestión prejudicial. Además, la rápida decisión sobre la legalidad de un reglamento o sobre la interpretación de una nueva cuestión jurídica, sin que sea necesario pasar por todos los recursos para obtener la uniformidad de criterio, responde al objetivo de reducir el número de nuevos procesos, habida cuenta de la previsibilidad de su resultado.

Una vez decidido el reenvío, el carácter *erga omnes* de la decisión permite su transposición a otros procesos que traten sobre el mismo reglamento impugnado o sobre la nueva cuestión jurídica, con el fin de posibilitar el ejercicio del contradictorio y, por tanto, la posibilidad de exponer las razones por las que, eventualmente, el entendimiento no debería aplicarse en el caso (*distinguishing*).

tras el cual el órgano jurisdiccional que haya remitido el reenvío está autorizado a pronunciarse sobre el fondo de la demanda que se le ha presentado (art. L113-1).



## TÍTULO IV EL PROCESO

### CAPÍTULO 1 LOS PRINCIPIOS PROCESALES\*

- Art. 21** *Tutela efectiva.* El proceso en la jurisdicción administrativa debe asegurar la realización de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. Garantiza la paridad de armas y la imparcialidad del juez.
- Art. 22** *Principio dispositivo.* Las partes son los sujetos activos del proceso. Sobre ellas recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto. Las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho subjetivo sustancial como sobre sus derechos a la iniciación, desarrollo y culminación del proceso. El tribunal no puede decidir más allá de lo pedido (*ne ultra petita*).
- Art. 23** *Principio inquisitivo.* El Tribunal investigará de oficio los hechos, sin estar limitado por la proposición de pruebas de las partes.
- Art. 24** *Principio de oralidad:*
- (1) El tribunal dicta sentencia después de un juicio oral.
  - (2) Con el consentimiento de las partes el tribunal puede decidir sin audiencia.
- Art. 25** *Publicidad:*
- (1) Los procesos son públicos.

\* Arts. 21 a 27 comentados por LEONARDO GRECO.

- (2) Todos tienen acceso a las audiencias. La prensa y el público pueden ser excluidos durante la totalidad o parte de la audiencia para proteger el orden público, los derechos de los menores, la vida privada o los secretos comerciales e industriales de las partes en el proceso.
- (3) Todos tienen acceso al expediente. El acceso puede ser excluido por las razones mencionadas en el párrafo anterior y también en la medida en que lo exija la protección de datos personales. Este acceso se realiza bajo el control del juez. La denegación del acceso debe ser motivada.

**Art. 26** *Principio de celeridad:*

- (1) El tribunal actúa en el proceso según el criterio de celeridad. Impulsa los trámites y peticiones pertinentes en todas las etapas del proceso, con el fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial.
- (2) Para acelerar el proceso, el Tribunal puede imponer a las partes un plazo de alegaciones. El tribunal puede rechazar alegaciones y medios de prueba que fuesen presentados con retraso no justificado, si su admisión entorpeciese la finalización del litigio y no los considerase esenciales para la resolución de la causa.

**Art. 27** *Principio de contradicción:*

- (1) Las partes deben haber tenido la oportunidad de discutir cada aspecto de hecho y de derecho en que se fundamente la sentencia. El juez asegurará a cada parte la posibilidad efectiva de defensa y prueba de sus alegaciones y de contestar las de la otra parte.
- (2) Las partes proponen las pruebas pertinentes, contestan las argumentaciones de las demás partes y presentan los escritos necesarios.

## **1. Introducción**

Las normas que el Código Modelo expone en este capítulo, bajo la denominación de principios, enuncian pautas generales de obligada observancia en todo el sistema normativo que rige la jurisdicción administrativa, que informan la interpretación y aplicación de todas las

demás disposiciones y que suelen estar comprendidas en los textos fundamentales de ordenamientos jurídicos concretos, como los tratados internacionales sobre derechos humanos, las constituciones y las declaraciones de derechos, como derechos y garantías insuperables que definen el nivel de respeto a la dignidad humana, que debe observarse en la administración de justicia en cualquier tipo de causa, incluidas aquellas en las que los actos u omisiones de la Administración Pública, de los agentes públicos o de los servicios públicos son cuestionados por los particulares, por más intenso que sea el interés general de la comunidad en la preservación de la autoridad estatal y en el buen funcionamiento de los servicios y actividades esenciales que realizan los órganos y agentes del poder público.

La lista contenida en este capítulo no es exhaustiva, existen otros principios con la misma generalidad y eficacia recogidos en otras normas del Código Modelo como, por ejemplo, la asistencia jurídica gratuita, mencionada en el artículo 31.

## **2. Acceso a la justicia**

En su conjunto, los principios contenidos en este capítulo pretenden caracterizar lo que modernamente se ha denominado el derecho de acceso a la justicia, que es el derecho de acceso a un tribunal independiente e imparcial que el Estado de Derecho contemporáneo garantiza a todo ciudadano, así como a cualquier otro ente privado o público, con personería o no, cuyos derechos o intereses sean lesionados o amenazados por otros, para obtener una protección efectiva de esos derechos o intereses con la misma eficacia que si no hubieran sido lesionados o amenazados.

En el Estado de Derecho contemporáneo, establecido bajo la supremacía de los derechos humanos fundamentales, este acceso debe ser garantizado por el ordenamiento jurídico, especialmente por el sistema procesal, tanto en relación con las controversias y situaciones jurídicas en las que intervienen los particulares como en relación con aquellas en las que una de las partes implicadas es el propio Estado, un organismo público o uno de sus agentes.

### 3. Protección judicial efectiva

El artículo 21 caracteriza el acceso a la justicia como el derecho *a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos*. El Estado de Derecho contemporáneo, surgido a mediados del siglo XX, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, ya no admite que la Administración Pública esté exenta del control judicial de sus actos por un tribunal independiente. La separación de poderes no puede ser un manto de protección para la Administración Pública, para eximirla de la responsabilidad de ejercer sus funciones con un amplio respeto a los derechos e intereses de los demás, que puedan verse perjudicados o amenazados por ellas. Por otro lado, la efectividad concreta de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho de acceso a la justicia, ya no se satisface con una tutela judicial de los actos de la Administración exclusivamente anulatoria, que sólo reconoce la ilegalidad de su actuación, o reparadora, que condena al Estado a reintegrar al particular los daños y perjuicios causados por su actuación ilícita.

La tutela judicial efectiva, impuesta por la concreta eficacia de los derechos fundamentales, es aquella que, en la lapidaria lección de Chiovenda, otorga al litigante que recurrió a la justicia todo aquello a lo que tiene derecho, de acuerdo con la ley, es decir, en la medida en que sea materialmente posible, restituye al titular del derecho o interés lesionado o amenazado en su pleno disfrute, con el mismo contenido que tendría si no hubiera sufrido la lesión o amenaza ilícita<sup>1</sup>.

Para esta imposición, corresponde al Poder Judicial efectuar la ejecución de sus decisiones, incluso sustituyendo a la Administración Pública, si es necesario, en la práctica de todos los actos necesarios para el restablecimiento de la más amplia efectividad concreta del derecho o interés lesionado o amenazado. Por ello, el artículo 1º del Código Modelo establece que la jurisdicción administrativa, además de controlar la legalidad de la actuación administrativa, debe proteger y *hacer efectivos* los derechos subjetivos e intereses legítimos.

<sup>1</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, en CHIOVENDA, Giuseppe, *Saggi di Diritto Processuale (1894-1937)*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. I, p. 110.



Para hacer más explícito este cambio de paradigma, algunos países, como España, han establecido en su Constitución que la ejecución de las decisiones judiciales es responsabilidad del propio Poder Judicial (art. 112.3). Otros, como Italia, han creado en la jurisdicción administrativa un ejecutor de las decisiones frente a la Administración Pública a las órdenes del juez, como el *commissario ad acta*<sup>2</sup>.

Para asegurar la efectividad de esta amplia protección de los derechos e intereses lesionados o amenazados por la Administración Pública, el Código tipo, en su artículo 2º, otorga a la jurisdicción administrativa la posibilidad de dictar todo tipo de sentencias anulatorias, condenatorias, de hacer o no hacer, y declarativas. Y en los artículos 57 y 58 explicita la facultad del tribunal de velar por la ejecución de sus decisiones y de adoptar las medidas pertinentes para obtener la completa ejecución de la sentencia o resolución.

#### 4. Derechos o intereses legítimos

El Código Modelo en su artículo 21, y más claramente en el artículo 1º, se refiere a la protección de los derechos (subjetivos) o intereses legítimos. En algunos ordenamientos jurídicos, como el italiano, el legislador esbozó un intento de distinguir la jurisdicción administrativa de la común para la protección de los intereses legítimos, y no de los derechos subjetivos, criterio impreciso y controvertido, no adoptado en otros ordenamientos jurídicos, que sólo manejan la noción de derecho subjetivo como definidor de situaciones subjetivas tutelables.

Sin embargo, entre estos últimos, en determinados ordenamientos jurídicos en los que la noción de derecho subjetivo –derecho cuyo ejercicio corresponde al cumplimiento de una obligación o de un deber por parte del Estado o de uno de sus agentes– parecería suficiente para delimitar la tutela jurisdiccional, el legislador recurre a la noción de interés o de interés legítimo para definir el alcance más amplio de la tutela jurisdiccional. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho brasileño, que, al crear acciones colectivas para la protección de intereses colectivos, utilizó las expresiones derechos o intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos, como situaciones jurídicas que

<sup>2</sup> *Codice del Processo Amministrativo* (decreto legislativo 104/2010), art. 114.

afectan a varias personas indeterminadas o indeterminables o que varias personas determinadas disfrutaban en condiciones análogas con terceros. Al mencionar los derechos o intereses, el Código Modelo extiende la tutela judicial efectiva a todas estas situaciones subjetivas, correspondiendo al legislador de cada ordenamiento jurídico definir la legitimación para acudir a cada una de ellas ante la jurisdicción administrativa, ya sea atribuyéndola a cualquier miembro del colectivo, o a asociaciones con representación adecuada, o a otros órganos, como el Ministerio Fiscal o la Defensoría del Pueblo.

Por otro lado, la expresión interés legítimo sirve también para extender la tutela judicial a situaciones en las que la jurisdicción administrativa está llamada a revisar la acción u omisión administrativa o a disponer dicha acción, no bajo la égida del control de su legalidad, sino para el control de proporcionalidad o razonabilidad de los actos administrativos discrecionales, en los que no hay exactamente violación de derechos subjetivos, sino control judicial de excesos o desviaciones de poder, así como para determinar la intervención judicial en la movilización de políticas públicas que interesan a toda la comunidad o a un grupo específico de personas, en las que, ante la ausencia o la insatisfactoria actuación administrativa, la jurisdicción administrativa está llamada a definir estrategias y acciones administrativas que proporcionen los medios más adecuados para alcanzar determinados objetivos de interés general, como ocurre en la protección del medio ambiente y de la salud pública, por ejemplo.

## **5. Paridad de armas**

El artículo 21 establece que el proceso en la jurisdicción administrativa debe garantizar la igualdad de armas. Ambas partes, el particular, por un lado, y el Estado, uno de sus órganos o agentes, por otro, deben gozar de las mismas facultades, de las mismas posibilidades de alegar, proponer y producir pruebas, y el juez debe procurar en su actuación tratar a las partes por igual, y no caer en la tentación de creer que, por ser un órgano del Estado, debe tratar con mayor benevolencia, tolerancia o complacencia las peticiones, alegaciones o pruebas que interesen a la parte pública. La paridad de armas es un requisito de

la garantía del procedimiento contradictorio, que se trata específicamente en el artículo 27 del Código Modelo. Lejos quedan los tiempos en que los jueces eran considerados agentes del soberano, con el deber de proteger sus intereses, ante los cuales la palabra de los funcionarios públicos gozaba de presunción de veracidad y los actos administrativos se presumían lícitos y válidos. Los llamados privilegios procesales de la Hacienda Pública ya no son aceptables en el proceso jurisdiccional del Estado de Derecho contemporáneo. Para que las partes influyan efectivamente en la formación de la decisión judicial, todas las partes deben gozar de las mismas facultades y ninguna de ellas debe tener, más intensamente que las demás, la posibilidad de ofrecer alegaciones, proponer y producir pruebas. El principio de contradicción presupone, por tanto, que ninguna de las partes se encuentra en una posición de inferioridad respecto a la otra en la posibilidad de planificar y llevar a cabo su defensa y, por tanto, de acceder a la tutela efectiva de sus derechos e intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

De hecho, la propia idea de justicia, desde el pensamiento filosófico de la Antigüedad clásica, siempre ha estado ligada a la igualdad<sup>3</sup>: “justo significa legal e igual o equitativo, e injusto significa ilegal y desigual o no equitativo”<sup>4</sup>.

Por otra parte, sería inconcebible admitir que el proceso fuera realmente un instrumento apto para la búsqueda de la verdad, como debe serlo para lograr su finalidad última de protección efectiva de las posiciones jurídicas de ventaja reconocidas por el ordenamiento jurídico, si una de las partes gozara de mayores prerrogativas que la otra. Sólo en una sociedad de castas se podría aceptar que, por características personales, la palabra de una parte valga más que la de la otra, que una tenga más posibilidades que la otra de demostrar la veracidad de sus alegaciones o que la ley confiera plazos o posibilidades de defensa más ventajosas a una parte que a la otra. La búsqueda de la verdad impersonal y objetiva sería irremediablemente sacrificada, el contradictorio irrespetado y, en consecuencia, frustrado el logro de la tan ansiada justicia.

<sup>3</sup> MARTENET, Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Schulthess, Zurich-Bâle-Genève, 2003, p. 13.

<sup>4</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 4ª ed., Edipro, São Paulo, 2014, t. V, p. 180.

En este sentido, el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas establece: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”.

Esta igualdad hoy en día es comúnmente calificada como *material* porque no se contenta con reglas formales que aseguren la igualdad de trato de las partes, sino que impone al juez el deber de verificar *in concreto* si alguna de ellas se encuentra en una posición de inferioridad en el acceso a los medios de defensa, y de suplir esta eventual deficiencia con iniciativas compensatorias para restablecer el necesario equilibrio, sin el cual no se puede alcanzar un resultado justo.

## **6. Imparcialidad e independencia del juez**

El artículo 21 también establece que el procedimiento en el tribunal administrativo garantizará la imparcialidad del juez. La noción moderna de imparcialidad del juez abarca también la llamada independencia, como por otra parte exige expresamente el artículo 11 del Código Modelo.

La independencia es la imparcialidad, la neutralidad, la indiferencia del juez en relación con el resultado del caso, que resulta, por una parte, del hecho de que el juez no ejerce otras funciones incompatibles con la función judicial y, por otra parte, del hecho de que en el ejercicio de su función es absolutamente seguro que no sufrirá ningún daño o perjuicio a sus intereses personales o profesionales como consecuencia del contenido de sus decisiones. Un juez independiente es, por tanto, aquel que no se siente comprometido por la defensa de ningún otro interés ajeno al proceso, ni amedrentado por ninguna presión de otros poderes, grandes grupos económicos, delincuencia organizada o cualquier otra fuerza que pretenda coartarle o influirle. En Brasil, el Código de Ética de los Jueces, editado por la resolución 60/2008 del Consejo Nacional de Justicia, además de vincular la independencia a la prohibición de participar en actividades de partidos políticos (art. 7º), impone el deber de “conducir sus actividades sin recibir influencias externas indebidas y ajenas a la justa convicción

que debe formarse para la solución de los casos sometidos a su consideración” (art. 5°).

Dicha independencia exige también que el estatuto profesional del juez le proporcione unas garantías mínimas de no sufrir ninguna represalia en su vida funcional por el contenido de sus decisiones, como la inamovilidad, la irrevocabilidad y la irreductibilidad de su remuneración. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8°) consagran expresamente la independencia del juez.

La imparcialidad es la exención, el desinterés o la equidistancia que el juez debe mantener en relación con las partes y los intereses en conflicto. Se trata de una regla de conducta que presupone la igualdad de trato que el juez debe procurar a las partes, libre de prejuicios y que se refiere a la voluntad de que el juez debe demostrar que siempre ha escuchado y tomado en consideración todas las alegaciones y pruebas que las partes le presenten en igualdad de condiciones.

La imparcialidad del juez puede estar contaminada por impedimentos y motivos de sospecha, que la ley procesal preverá y que el juez reconocerá de oficio o a petición de cualquiera de las partes.

## 7. Iniciativa de las partes

Bajo el título de *Principio dispositivo*, el artículo 22 del Código Modelo consagra el principio que prefiero llamar de *iniciativa de las partes o de inercia de la jurisdicción*. La jurisdicción común o administrativa, como garantía del dominio de las partes sobre sus propios derechos subjetivos sustantivos y de la absoluta imparcialidad del juez, sólo debe ejercerse sobre causas y cuestiones propuestas por los propios interesados; no se ejerce *ex officio*, a iniciativa del juez.

Este principio también puede llamarse *principio de demanda* y se expresa en tres aforismos latinos: *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio* y *ne eat iudex ultra petita partium* (respectivamente: *no hay juez sin demandante, el juez no procede de oficio y el juez no va más allá de las peticiones de las partes*). Por cierto, la última de estas afirmaciones está prevista en el cuerpo del propio artículo 22.

Según este principio, es el demandante quien delimita objetiva y subjetivamente el objeto sobre el que se ejercerá la jurisdicción, definiendo quiénes son las partes, cuál es la pretensión y cuáles son los hechos y fundamentos jurídicos de su postulación. Al igual que el demandante es libre de definir los límites de su demanda, el demandado es libre de elegir las cuestiones de defensa que pretende someter al examen del juez y contribuir así a la formación del objeto litigioso.

Por tanto, la inercia de la jurisdicción civil o administrativa o la iniciativa de las partes constituye una garantía de respeto por parte del Estado a la libertad individual, porque subordina la actuación del Poder Judicial a las cuestiones de Derecho sustantivo delimitadas por los propios interesados. Así, el Estado, a través del Poder Judicial, no examinará el Derecho sustantivo de las partes más allá de los límites propuestos por ellas.

El interés público, que debe determinar toda la actividad estatal, no justifica que el juez, que también es un órgano del propio Estado, se inmiscuya en la delimitación del Derecho material controvertido sometido a su apreciación, porque en el ejercicio de la jurisdicción no le corresponde velar por el interés público que transmite el Estado parte, que el juez examinará si debe prevalecer o no sobre el interés público o privado que transmite la parte contraria en el interés público de conceder la tutela jurisdiccional a quien tenga razón, sin ninguna predisposición. Para transmitir el interés público encarnado en el Estado parte, la ley otorga a éste todos los medios materiales y humanos de defensa por parte de sus abogados, regularmente designados. Además, esta separación funcional es indispensable para garantizar la imparcialidad del juez, su *terzietà*.

Las leyes procesales deben respetar este principio. Sin embargo, varias de ellas, en mayor o menor medida, hacen excepciones a la inercia de la jurisdicción, bajo las más diversas justificaciones: a veces, el deber del juez de velar por la concurrencia de los presupuestos y condiciones procesales de la acción, como requisitos de validez del propio ejercicio de la jurisdicción o del respectivo proceso, a veces, cuestiones de orden público, a veces, la atribución al juez de la responsabilidad por la tutela directa de determinados intereses privados indisponibles, como la asistencia a niños y adolescentes.

Salvo la primera excepción (falta de condiciones o presupuestos procesales), las demás son opciones del legislador que el Código Modelo pretende frenar, porque interfieren en la libertad de cada una de las partes, incluida la propia Administración Pública, de velar por sus propios intereses, asumiendo los riesgos y responsabilidades derivados de sus acciones y omisiones, y porque ponen en serio peligro la imparcialidad del juez.

El mensaje que emana del artículo 22 del Código Modelo es que si algún derecho o interés público o privado es de tal relevancia que debe merecer la protección judicial incluso en ausencia de la voluntad de su titular, la ley debe atribuir a algún otro sujeto u órgano del Estado la iniciativa judicial, y no al propio juez, preservando así la equidistancia del juez en relación con dicho derecho o interés y con los que puedan oponerse a él.

## **8. Iniciativa de las partes y del juez en cuestiones de hecho**

Bajo el epígrafe de *Principio inquisitivo*, el artículo 23 del Código Modelo prevé la iniciativa del juez sobre los hechos. Para evitar interpretaciones erróneas de esta disposición, es necesario examinarla en relación con el artículo anterior, en el que el Código Modelo establece: “Las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho subjetivo sustancial como sobre sus derechos a la iniciación, desarrollo y culminación del proceso”. Desde la creación de la jurisdicción administrativa en el siglo XIX y hasta el advenimiento del Estado de Derecho contemporáneo en la segunda posguerra, las causas estatales se consideraban regidas por el principio inquisitorial ante la indisponibilidad del interés público, lo que confería al juez administrativo la facultad y el deber de investigar ampliamente los hechos y de proponer todas las pruebas que pudieran ser pertinentes para preservar la supremacía del interés público.

El Estado de Derecho contemporáneo no se basa en la supremacía del interés público, sino en la supremacía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. El interés público sometido a revisión judicial es tan valioso como el interés individual, legalmente reconocido, de cualquier ciudadano. El único interés público por el que debe

velar siempre el juez es el del respeto a la ley y que el Estado no puede tener mayor interés público que el de reconocer y respetar el derecho de cada uno. Por otra parte, ya no es posible considerar indisponible ningún interés estatal. Por lo tanto, ya no procede seguir aplicando a la jurisdicción administrativa normas del antiguo procedimiento penal, de una jurisdicción *ex officio* en la que se otorgaba al juez amplios poderes de investigación de los hechos.

Por el contrario, tal y como establece el artículo 22, no sólo el Derecho sustantivo, sino el propio objeto del litigio presentado al juez administrativo pertenece a las partes, a los particulares y al Estado, organismo o agente público. Salvo excepciones plenamente justificadas, no corresponde al juez administrativo aportar ningún hecho al procedimiento.

Sin embargo, hay que hacer una distinción fundamental entre los hechos jurídicos y los hechos secundarios. Los hechos constitutivos del derecho del demandante y los hechos extintivos, modificativos o impeditivos de tal derecho, es decir, la *causa petendi* y la *causa ex-cipiendi*, las excepciones sustanciales, son hechos jurídicos y, como tales, forman parte del objeto litigioso, del derecho material de las partes, y sólo a ellas corresponde plantearlos en juicio. Es, al mismo tiempo, una exigencia democrática que tanto los particulares como el Estado sean libres de llevarlos o no a juicio, integrándolos o no a la *res in iudicium deducta*. Pero también es una exigencia de igualdad de armas y una garantía de imparcialidad del juez, asegurando el necesario equilibrio y la distancia en la que el juez debe situarse para poder juzgar con la debida imparcialidad la causa entre el particular y el Estado.

Los hechos que el juez administrativo, al igual que el juez ordinario, es libre de investigar son los llamados *hechos simples* o *hechos secundarios*, que son aquellos que las partes pueden no haber alegado, que sirven para probar la existencia de los hechos jurídicos, pero que no implican un cambio en la causa de la acción, ni constituyen un nuevo fundamento jurídico para la defensa del demandado, no cambian ni amplían el objeto litigioso, el soporte fáctico del derecho material de las partes. Estos simples hechos no hacen sino reforzar la existencia de los hechos constitutivos, extintivos, modificativos o impeditivos



del derecho del demandante, alegados por él o por su adversario, sirviendo para demostrarlos. En cuanto a los hechos que interesan a la defensa del demandado, el juez no puede conocer hechos que impidan, extingan o modifiquen el derecho del demandante, como la novación o el pago, aunque consten en el expediente, si el demandado no los ha alegado, sino hechos no alegados que sirven para demostrar la supuesta novación o pago. Existen excepciones, siempre que estén legalmente previstas y se sustenten en algún fundamento jurídico de orden público, que pueden prevalecer sobre la libertad e igualdad de las partes<sup>5</sup>. Aun así, en estas excepciones, el juez debe tomar todas las precauciones para no convertirse en un investigador sistemático, lo que comprometería irremediablemente su imparcialidad.

## 9. Iniciativa de las partes y del juez en materia de prueba

El artículo 23 del Código Modelo prescribe que el juez no está “limitado por la proposición de pruebas de las partes”.

Es tradicional en la jurisdicción administrativa la amplia iniciativa probatoria del juez ya que, en sus orígenes, esta jurisdicción estaba fuertemente influenciada por la presunta indisponibilidad del interés público y por la sistemática superioridad del interés estatal sobre el privado, premisas totalmente superadas e incompatibles con el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de todas las posiciones jurídicas de ventaja protegidas por el ordenamiento jurídico, como ya se ha aclarado anteriormente.

Así, aunque los ordenamientos jurídicos procesales aún conservan, en gran medida, la regla que concede al juez una amplia oportunidad de proponer y producir pruebas, con independencia de la iniciativa de las partes, ya no es tolerable que el juez administrativo se encargue de determinar todas las pruebas relevantes sobre las que recaerá su posterior conocimiento de los hechos del caso, haciendo accesoria o insignificante la iniciativa probatoria de las partes.

Lo que el artículo 23 recomienda es que, respetando la indispensable iniciativa probatoria de las partes, en cumplimiento de la carga que

<sup>5</sup> GRECO, Leonardo, *Instituições de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2015, vol. I, Cap. XXII e ítem 8.5.3.2; vol. II, Cap. II.

les corresponde de probar los hechos que han alegado, no se impida al juez complementar esa iniciativa, para una más completa y coherente averiguación de la verdad y, por tanto, para que la decisión de la causa sea lo más justa posible.

Si la idea de justicia está indisolublemente ligada a la reconstrucción veraz de los hechos, ya no es admisible que, por omisión del juez, se acepte una verdad meramente formal, pues, como bien enseñó Jaime Guasp, “sólo hay una verdad, y no incluye adjetivos”<sup>6</sup>. Incluso en la jurisdicción civil ordinaria, ya no se acepta que el juez deba ser absolutamente inerte en materia probatoria, especialmente en los casos de derechos indisponibles y en aquellos en los que el juez percibe que una de las partes se encuentra en una posición de dificultad en el acceso a la prueba, o en una situación de inferioridad en la búsqueda de pruebas o en el ejercicio de su defensa. En estos casos, el juez debe suplir la deficiencia en la iniciativa probatoria de las partes, para garantizar mínimamente que la reconstrucción de los hechos se corresponda con la realidad de la vida tal y como es.

La norma del artículo 23 concede ciertamente la iniciativa probatoria al juez, pero debe interpretarse sin perjuicio de la iniciativa probatoria de las partes, de modo que el juez, en los casos de derechos disponibles, debe ejercer esta iniciativa de forma subsidiaria, mientras que en los casos de derechos indisponibles, debe procurar ejercer esta iniciativa junto a la de las partes, para no permitir que, gracias a su omisión, la parte disponga ilícitamente del derecho indisponible. En cualquier caso, la potestad inquisitiva del juez en estos supuestos no le impone el deber de ordenar el agotamiento de la producción de todas las pruebas posibles de los hechos, sino sólo de aquellas que sean suficientes para evitar la disposición no deseada.

Pero es imperativo subrayar que, en cualquier caso, sean los intereses en juego disponibles o indisponibles, la facultad del juez de ordenar automáticamente la producción de pruebas debe ser ejercida con moderación, para no convertirse en un juez autoritario, teniendo el debido cuidado de no formular prejuicios y de no comprometer su imparcialidad.

<sup>6</sup> GUASP, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Bosch, Barcelona, 1943, ps. 83-101.

En un reciente estudio que coordiné en la Universidad del Estado de Río de Janeiro, tratamos de definir con precisión los límites de la iniciativa probatoria del juez, proponiendo que la ejerza sólo para evitar el daño al derecho inalienable de una de las partes, para frenar la simulación, la falsedad o el fraude, para suplir con carácter subsidiario la deficiencia en la iniciativa probatoria de la parte que no está en condiciones favorables comprobadas para proponer o producir las pruebas de su interés o para someter al adversario hechos y pruebas relevantes de los que haya adquirido conocimiento fuera del proceso<sup>7</sup>.

Estos límites se aplican en su totalidad a la jurisdicción administrativa. En los casos de derechos disponibles, las partes tendrán la iniciativa probatoria primaria, correspondiendo al juez ejercerla de forma subsidiaria para suplir las deficiencias en el ejercicio de dicha iniciativa por las partes y evitar que, como consecuencia de dichas deficiencias, la comprobación de los hechos se aleje manifiestamente de la verdad tal y como es. En los casos de derechos irrenunciables, sin perjuicio de la iniciativa de las partes, el juez adoptará todas las iniciativas probatorias que sean necesarias para averiguar la verdad y evitar que las partes dispongan de derechos irrenunciables mediante la comprobación indebida de los hechos.

## 10. Oralidad

Bajo el epígrafe de *Principio de oralidad*, el artículo 24 establece que el tribunal dictará sentencia tras la celebración de una vista oral, aunque con el consentimiento de las partes podrá decidir sin audiencia.

La oralidad es esencial para la existencia de un sistema de justicia humanizado, con diálogo, porque sólo el uso de la palabra oral y el contacto humano del juez con las partes puede asegurar efectivamente a las partes el derecho a influir en la decisión.

<sup>7</sup> GRECO, Leonardo *et al.*, *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Primeira parte. Anteproyecto de Grupo de Investigación "Observatorio de las Reformas Procesales" de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro*, en *Revista de Processo*, São Paulo, año 40, N° 240, feb. de 2015, ps. 61-136.

La oralidad surge con mucha fuerza como una imposición en un contradictorio participativo, ya no como una exigencia de que todos los actos del proceso sean orales o que haya en el proceso una prevalencia o una prioridad de los actos orales sobre los escritos. El significado moderno de la oralidad es que, en cualquier proceso, el juez debe estar siempre abierto al establecimiento de un diálogo humano, que se produce a través de la palabra oral, porque ésta es la forma más perfecta de comunicación, y, por lo tanto, la que puede garantizar efectivamente el pleno respeto de la participación contradictoria y garantizar el derecho de las partes a influir efectivamente en las decisiones.

Esto no quiere decir que las partes no puedan renunciar al procedimiento oral. En numerosos litigios, las partes aceptan que se proceda sin ningún contacto cara a cara entre el juez y las partes. Sin embargo, en cualquier procedimiento, incluso en aquellos en los que el procedimiento es todo escrito, las partes deben tener asegurado el derecho a exigir al juez una audiencia de contacto oral, un contacto humano.

La *inmediatez* es una consecuencia directa de la oralidad. No tiene sentido que los actos procesales sean orales si no se realizan ante el propio juez. Es el juez quien debe presidir los actos orales, porque la oralidad es más expresiva que la comunicación escrita, pues comprende no sólo palabras, sino también gestos, entonaciones e imágenes. Por estas razones, las audiencias orales deben realizarse en presencia de quienes los juzgarán, porque ningún registro escrito de estos actos podrá reproducir todo su realismo. El juez, unipersonal o colegiado, debe tener contacto directo con las partes y las pruebas.

La *identidad física del juez* es también una consecuencia de la oralidad, ya que si el tribunal debe dictar sentencia tras una vista oral, los jueces que participaron en la vista oral deberían estar vinculados al posterior dictado de la sentencia.

La virtualización de los procedimientos judiciales, cada vez más extendida en nuestros tiempos, ha sustituido a menudo las audiencias presenciales por sesiones *on line* por videoconferencia. No cabe duda de que, ante el riesgo de contaminación por enfermedades infecciosas y contagiosas, la continuidad del servicio judicial puede depender de

ciertas restricciones al contacto humano directo entre el juez y los demás sujetos del caso. El juez y las partes deben evaluar cuidadosamente las situaciones concretas en las que las audiencias presenciales pueden ser sustituidas por actos escritos o por audiencias orales realizadas por videoconferencia, y el ordenamiento jurídico debe regular con precisión los requisitos que deben observarse en dichas audiencias para garantizar su autenticidad y la observancia de los requisitos para que produzcan efectos válidos en el proceso, como, por ejemplo, la incommunicación de los testigos.

Sin embargo, el apartado 2º del artículo 24 aclara que la sustitución de audiencias presenciales por virtuales sólo es aceptable si ambas partes están de acuerdo. En caso contrario, tras adoptar todas las precauciones para evitar el riesgo de contaminación, los tribunales deben celebrar las audiencias y los juicios en persona.

Como enseña Oliva Santos<sup>8</sup>, las videoconferencias no permiten la inmediatez, que es la presencia singular sin que nada se interponga entre los sujetos y la actividad probatoria, y que proporciona las mayores garantías de exactitud en la valoración, porque no sólo se adquiere conocimiento de lo que contienen las declaraciones de unos y otros (partes, testigos, peritos, etc.), sino que, además, se pueden apreciar las características de credibilidad o autoridad con las que se emiten estas declaraciones: tono de voz, ritmo de la narración, gestos (el llamado lenguaje corporal), serenidad o nerviosismo, espontaneidad o preparación, etcétera.

En algunas jurisdicciones administrativas nacionales son habituales los procedimientos totalmente escritos, que no prevén ninguna audiencia oral. La desestimación de la audiencia suele estar justificada en los casos en los que el asunto debe decidirse exclusivamente a partir de las alegaciones escritas de las partes y de documentos también escritos, o si se trata de procedimientos que se limitan a ejercer el control de legalidad de los actos del poder público a partir de pruebas preconstituidas. Es lo que ocurre, por ejemplo, en Brasil con el *mandado de segurança* para proteger un *derecho liquido e cierto* contra

<sup>8</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Justicia y pandemia*, en *International Association of Procedural Law Review*, Intersentia, Antwerp, N° 2, 2020, ps. 234-235.

un acto de una autoridad plena de ilegalidad o abuso de poder (Constitución brasileña, art. 5º, inc. LXIX).

Sin embargo, incluso en estos procedimientos, el artículo 24 del Código Modelo recomienda que se garantice a la parte la posibilidad de entablar un diálogo humano con el tribunal en una audiencia oral, si lo solicita. Como se ha señalado anteriormente, los principios de este capítulo constituyen garantías que, como tales, son derechos subjetivos de las partes que pueden hacerse valer plenamente como componentes del derecho a una defensa plena y a un proceso contradictorio participativo.

## **11. Publicidad de todos los actos del procedimiento**

El artículo 25 del Código Modelo aborda el principio de publicidad, prescribiendo que los procedimientos son públicos y dividiendo el examen del principio en acceso a las audiencias y acceso a las actas.

La publicidad de los actos procesales es una de las principales garantías democráticas del proceso, porque a través de ella la sociedad ejerce un control social sobre la actuación de los jueces, a la vez que es una importante garantía para las partes, como freno a la discrecionalidad del juez, porque asegura que sus actos puedan ser presenciados por la sociedad<sup>9</sup>.

La publicidad es también un instrumento importante para controlar la imparcialidad del juez. La justicia debe hacerse con las puertas abiertas, para que cualquier persona del pueblo pueda conocer y controlar sus actos, para que todos tengan derecho a acceder al contenido de los actos procesales y al lugar donde se desarrollan, incluso los que no son parte en el proceso.

En las discusiones entre los miembros de la Comisión de Juristas Europeos y Latinoamericanos que redactaron el Código Modelo se

<sup>9</sup> “Publicity, of course, has been the great ideal of a liberal administration of justice – the justified reaction against a system of secret justice exemplified in England by the Star Chamber and in more general use on the Continent until the sweeping reforms of the French and European Revolution” (CAPPELLETTI, Mauro y TALLON, Denis, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 756).

produjeron acalorados debates en torno a este artículo 25, habida cuenta de la crucial diferencia en el alcance de la publicidad procesal entre los sistemas judiciales europeos y latinoamericanos. En Europa, en general, la publicidad se limita a la audiencia y a la sentencia judicial, pero no se extiende al contenido de todos los actos procesales. En América Latina, por el contrario, la publicidad abarca todos los actos y documentos del proceso, a los que cualquier ciudadano puede tener acceso, independientemente de la existencia de algún interés en el caso. Como jurista brasileño, entendí que existían razones históricas posiblemente derivadas de la exposición sufrida por los jueces en episodios ocurridos en la transición de regímenes totalitarios a regímenes democráticos, así como de la preocupación más intensa con la privacidad de las partes, que recomendaría las mencionadas restricciones del Derecho europeo. Sin embargo, ha prevalecido el entendimiento latinoamericano de que la amplia publicidad es una garantía democrática indispensable para el control social del abuso de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, existiendo otros mecanismos para salvaguardar la intimidad de las partes, como el recurso al arbitraje y la aplicación excepcional de restricciones al acceso popular a todos los actos de cualquier proceso, mediante la aplicación de normas legalmente establecidas, implementadas a través de mecanismos institucionales democráticos que frenen cualquier tipo de arbitrariedad e impidan su manipulación en detrimento de la transparencia a la que debe estar sujeto el ejercicio de la función jurisdiccional.

En ningún caso puede aceptarse que, con instituciones democráticamente sólidas, pueda suponerse que una amplia publicidad de los procedimientos judiciales represente una amenaza para la independencia de los jueces.

El punto 2º del artículo 25 establece como motivos excepcionales de limitación de la publicidad el orden público, los derechos de los menores, la vida privada y los secretos comerciales e industriales de las partes en el proceso. La lista es meramente ejemplificadora y se extiende a otras situaciones análogas a las previstas. Así, a los derechos de los menores se suman los de todas las personas con necesidades especiales y los de otros ciudadanos pertenecientes a grupos vulnerables. Los secretos comerciales e industriales pueden añadirse a los

secretos empresariales en general. La privacidad incluye todos los derechos de la personalidad, como el derecho a la imagen, así como la protección de los datos personales, exacerbada en todo el mundo occidental como consecuencia del aumento de las comunicaciones e informaciones virtuales, que ha sido objeto de abundante legislación y se menciona expresamente en el apartado 3°.

El interés público, al que se refiere la disposición, es el interés general de la comunidad, y no cualquier invocación del interés público por parte de las autoridades públicas simplemente para evitar la crítica y el control de sus propios actos.

El punto 3° recomienda que el control de la aplicación de estas excepciones sea realizado por el juez, pero no impone que este control sea realizado por el propio juez de la causa. Me parece, por el contrario, que los sistemas procesales pueden establecer que este tipo de cuestiones sean competencia de una sala especializada compuesta por jueces de una jerarquía superior o incluso de una alta autoridad, ajena al Poder Judicial, siempre que esté investida de las mismas garantías de independencia e imparcialidad análogas a las de los jueces. Lo esencial es que el órgano de control sea muy estricto a la hora de conceder el secreto de la justicia, porque cada vez que lo hace, prohibiendo el acceso del público en general al contenido del proceso, está suprimiendo el control social sobre la actuación de la propia justicia estatal. Por tanto, la decisión de imponer el secreto de la justicia, suprimiendo o limitando la publicidad, debe estar rigurosamente fundamentada, de forma suficiente para justificar ante la sociedad la existencia de un interés jurídicamente relevante más valioso desde el punto de vista humano que el control social de la actuación de los jueces.

En los casos en los que se alega que el interés público exige dicho secreto, el órgano de control debe exigir la prueba de un interés público preciso y concreto, y ese interés no debe ser el interés privado de la Administración o del administrador sino, como ya se ha subrayado, un interés general de la comunidad. La publicidad asegura así lo que modernamente se conoce como *transparencia* en el ejercicio de las funciones públicas.

Una nueva amenaza para la publicidad ha surgido en muchos países con la implantación de los procedimientos electrónicos, en los que



sólo los abogados de cada caso y, excepcionalmente, otros abogados tienen acceso a los expedientes electrónicos.

Hay quienes alegan que el amplio acceso de cualquier ciudadano vía *Internet* a los expedientes electrónicos, que incluyen todos los documentos privados o públicos contenidos en cualquier proceso, vulnera la intimidad de los litigantes, protegida por disposiciones constitucionales y legales y que, a través de los potentes mecanismos de búsqueda existentes en la actualidad, arrasa en exceso con las relaciones jurídicas privadas. La ley debe encontrar el punto de equilibrio necesario entre estos dos valores humanos que deben conciliarse, es decir, la preservación de la intimidad de las personas y empresas y el control social del ejercicio de la jurisdicción por parte de los jueces. Lo cierto es que no puede haber una restricción sistemática y genérica de la publicidad de los actos procesales, basada en una presunción injustificable de que el acceso público es peligroso para la intimidad o para el interés público. La amenaza a la intimidad o a cualquier otro interés legalmente protegido debe ser concreta y probada, ser ponderada y valorada como preponderante frente al interés social a la publicidad, para justificar, dentro de este estricto límite, el secreto de la justicia, en una decisión sólidamente fundamentada y a su vez hecha pública.

## **12. Celeridad y duración razonable del procedimiento**

La primera parte del apartado 1º del artículo 26 del Código Modelo adopta el principio de celeridad. La doctrina de la eficacia procesal se ha preocupado por incluir la celeridad entre los objetivos cualitativos esenciales para la buena administración de justicia. La protección jurisdiccional efectiva es la que invierte el titular del derecho en su pleno disfrute en el menor tiempo posible.

El artículo 24.2 de la Constitución española de 1978 incluyó en la tutela judicial efectiva el derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas”. En 2004, la Enmienda 45 de la Constitución brasileña introdujo en la lista de derechos fundamentales (art. 5º, inc. LXXVIII) “la duración razonable del proceso y los medios para garantizar la celeridad de sus trámites”.

El derecho a ser notificado en un plazo razonable es un requisito de la tutela judicial efectiva. El motivo más común para argumentar la violación de la garantía de la tutela judicial efectiva ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido el retraso en las decisiones judiciales, responsable de la inestabilidad en la situación jurídica de las partes, incompatible con la noción de seguridad jurídica necesaria en cualquier sociedad democrática<sup>10</sup>. La jurisdicción debe garantizar que los que tienen razón puedan disfrutar plenamente de sus derechos durante el mayor tiempo posible. Lo ideal es que este disfrute se garantice durante toda la duración del propio derecho, desde su nacimiento hasta su desaparición. Pero si el perjuicio ya se ha producido, esta garantía absoluta será materialmente imposible. Además, la jurisdicción necesita tiempo, aunque sea corto, para ser ejercida. La breve demora que la tutela efectiva puede tolerar es sólo la que resulta de la necesidad de asegurar al adversario el pleno ejercicio de su defensa, aun cuando no supere el límite en el que es lícito exigir el sacrificio del interés cuya protección parece urgente, y la necesidad de asegurar al propio juez una adecuada cognición. El tiempo que se pierde en las largas esperas para distribuir, juzgar, publicar, redactar las sentencias, etcétera, es absolutamente inicu.

Jesús González Pérez señala que el Tribunal Constitucional de España, en una sentencia de noviembre de 1988, dictaminó que se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque los jueces hayan actuado con la máxima diligencia, si el retraso se deriva de defectos en la estructura de la organización judicial. El mismo autor resalta que la desigualdad real entre las partes da lugar a que los plazos no funcionen por igual para el administrado y para la Administración Pública, sobre todo porque el representante del Estado suele retrasar la práctica de los actos, a lo que se suma el retraso en el inicio del cómputo de los plazos<sup>11</sup>.

El plazo inicial de dicho plazo razonable será, en la jurisdicción administrativa, como en la civil, normalmente, la presentación de la

<sup>10</sup> CHARRIER, Jean-Lopu, *Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Litec, Paris, 2000, p. 111.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, ps. 320 y 335.

demanda, salvo que deba ser precedida de algún acto extrajudicial o administrativo. El término final del plazo razonable incluirá, en los casos civiles, el tiempo necesario para que la resolución se dicte y se ejecute efectivamente<sup>12</sup>.

Sin embargo, la rapidez no debe ir en detrimento del adversario y de la amplia defensa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado tres criterios para verificar el respeto de la rapidez y la duración razonable de los procedimientos: la complejidad del caso, la conducta de las partes y sus abogados y la actuación del órgano judicial<sup>13</sup>.

Un exceso de casos no es una justificación aceptable para el retraso. La penosa condición del demandante (acusado en prisión, discapacitado físico) requiere mayor rapidez.

La celeridad y la puntualidad de la solución de los litigios por la vía jurisdiccional han sido universalmente señaladas como uno de los principales indicadores de la calidad de la justicia.

### 13. Impulso procesal oficial

La segunda parte del apartado 1º del artículo 26 del Código Modelo adopta el principio del impulso procesal oficial, asignando la dirección del proceso al tribunal, “con el fin de garantizar la efectividad de la tutela judicial”.

El impulso procesal es la forma en que el proceso avanza hacia su fin. Existen dos sistemas de impulso procesal: el *impulso oficial* y el *impulso de las partes*.

Es tradicional en la jurisdicción administrativa adoptar el sistema de impulso oficial. En América Latina, incluso en la jurisdicción civil común, se suele adoptar el impulso oficial.

<sup>12</sup> CHARRIER, ob. cit., p. 112; TARZIA, Giuseppe, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, en *Revista de Processo*, año 26, N° 103, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 172, citando la decisión “Hornsby vs. Grecia”, del 13-3-97, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>13</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Garantia do processo sem dilações indevidas (responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdiccional)*, en *Temas atuais de Direito Processual Civil*, Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 173.

El sistema opuesto sería el impulso de las partes, característico de los países del *common law*, en los que el juez es inerte y son las partes las que impulsan el proceso hacia su final. Sin embargo, Estados Unidos, desde 1990, con la Ley de Reforma de la Justicia Civil (*Civil Justice Reform Act*), e Inglaterra, en 1998, con las Reglas de Procedimiento Civil (*Civil Procedure Rules*), adoptaron el llamado sistema de *case management*, que introdujo numerosos elementos de impulso oficial en la justicia civil del *common law*<sup>14</sup>.

El impulso oficial se inspira en la idea de que el Estado no está interesado en la perpetuación de los litigios, sino en su rápida resolución, especialmente en los casos en los que el propio Estado es parte. La duración de los litigios genera, por un lado, inseguridad jurídica y, por otro, en las causas del Estado, dificulta la planificación y continuidad de la actividad del Estado en beneficio de los intereses públicos relevantes que le corresponde proteger.

Sin embargo, el impulso oficial también depende, bajo dos aspectos, de la colaboración de las partes. El primer aspecto es el *económico*, que pretende cubrir las costas de los actos procesales, en la medida en que cada parte tiene normalmente el deber de pagar las costas de los actos que solicita o practica.

El segundo aspecto de la colaboración de las partes es el *suministro de información*. El juez depende de las partes para establecer el objeto del litigio y, a partir de ahí, indicar los hechos que dan lugar a sus derechos, y proponer y facilitar la producción de pruebas. Así, la enumeración de los testigos, con todos los datos necesarios para su identificación y localización, la formulación de las preguntas que deben

<sup>14</sup> Van Rhee resume, así, el contenido del judicial *case management*: “(1) La naturaleza específica del caso debe determinar en gran medida las reglas, direcciones y órdenes que rigen los procedimientos; (2) Las reglas, direcciones y órdenes de los procedimientos deben ser determinadas en gran medida por los jueces, las partes y los abogados involucrados en el caso y no por disposiciones legales detalladas; (3) El tribunal debe tener los poderes discrecionales procesales necesarios para gestionar el caso; (4) La discreción de los tribunales debe ser discreción en el sentido débil, es decir, el tribunal debe utilizar sus poderes para un objetivo específico, es decir, lograr la resolución del litigio de forma justa, eficiente y con una rapidez razonable” (VAN RHEE, C. H., *Introduction*, en VAN RHEE, C. H. [ed.], *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia, Antwerp, 2008, ps. 3-4).

responder los peritos, son ejemplos de información de la que depende el juez no sólo para hacer avanzar el caso, sino también para ejercer su importante función.

Pero el juez no hace avanzar el caso en solitario. Para ello, cuenta con el apoyo administrativo y funcional de un ejército de ayudantes, como el secretario, el alguacil, el contable, los tasadores, el subastador, los depositarios, los administradores y otros empleados judiciales.

Es absolutamente razonable que la ley delegue en estos servidores, con las debidas precauciones, la práctica de actos de impulso, bajo la supervisión del juez, en beneficio de la eficacia y la celeridad, como ocurre actualmente en España con la oficina judicial y el secretario judicial, y en Brasil con la autorización legal para la práctica de actos ordinarios por parte del secretario o secretario jefe.

Algunos sistemas procesales atribuyen a los abogados de las partes la tarea de realizar determinadas citaciones y otros actos, siempre bajo la supervisión del juez, lo que no compromete el principio de impulso oficial<sup>15</sup>.

#### **14. Flexibilidad procesal**

El punto 2º del artículo 26 del Código Modelo confiere al juez la facultad de fijar plazos para los actos de las partes y de aceptar, dentro de ciertos límites, las alegaciones y las pruebas presentadas tardíamente por ellas.

De entrada, debe descartarse cualquier interpretación que excluya la subordinación del procedimiento en la jurisdicción administrativa al principio de legalidad. Como cualquier otra actividad del Estado, la función jurisdiccional del Estado sólo puede ejercerse en los términos en que esta función está regulada por la ley. La ley establece los órganos que la ejercen y las normas que prevén el ejercicio del Poder Judicial, regulando también los derechos y deberes de todos los que intervienen en el proceso. Éste es el sentido del artículo 9º del Código Modelo, según el cual: “La atribución de cada caso a los jueces competentes para decidirlo deberá corresponder a reglas predeterminadas y objetivas”.

<sup>15</sup> Véanse los artículos 269, § 1º, y 455 del Código Procesal Civil brasileño de 2015.

El procedimiento constituye la secuencia de actos que deben realizarse en el curso del proceso y el conjunto de normas que disciplinan los requisitos que deben observarse en ellos.

Especialmente en las causas encomendadas por la ley a la jurisdicción administrativa, en las que una de las partes que se someten a ella es el propio Estado, uno de sus órganos o un agente público, al que el procedimiento impone deberes y cargas, este ritual debe regirse por la ley, que lo determina para asegurar la necesaria subordinación de todos, incluido el propio Estado, a las órdenes y decisiones de las autoridades judiciales, para garantizar la paridad de trato de las partes en el curso del procedimiento (art. 21) y regular de forma equilibrada la secuencia lógica de los distintos actos para garantizar el respeto de las normas mínimas de un juicio justo. Pero el procedimiento judicial no puede ser rígidamente inflexible, debe permitir al juez un cierto margen de discrecionalidad para establecer la necesaria igualdad concreta de armas, así como para permitir la realización de todas las actividades técnicamente más adecuadas para que cada parte pueda hacer valer su derecho o demostrar su validez. Lo importante, sobre todo, es que el procedimiento sea previsible, es decir que cada una de las partes, al dictar su estrategia de actuación, esté en condiciones de prever el desarrollo futuro del proceso para que su actuación sea lo más eficaz posible y para que los cambios bruscos de rumbo, sorprendiéndola, no cercenen su derecho de defensa.

El principio de legalidad exige un mínimo de regulación legal del procedimiento, incluso para evitar la disparidad de trato ante el mismo juez o ante diferentes jueces. Además, la previsibilidad del procedimiento resulta necesariamente de la delimitación previa por parte del legislador de sus etapas fundamentales, en cuyo transcurso se formarán y desarrollarán los múltiples vínculos jurídicos que caracterizan la relación procesal<sup>16</sup>.

Ya he tenido la oportunidad de argumentar que un procedimiento legal, predecible y flexible constituye una garantía fundamental de los procedimientos contemporáneos<sup>17</sup>. El *case management system*, recién

<sup>16</sup> TROCKER, Nicolò, *Processo civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 495.

<sup>17</sup> GRECO, Leonardo, *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*,

temente adoptado en los países del *common law*, aboga por la planificación del proceso por parte del juez, con la colaboración de las partes y los abogados, definiendo sus etapas para predeterminar su final, pero no excluye la legalidad del procedimiento, proponiendo sólo reglas jurídicas menos detalladas, que abren espacio a la flexibilidad, para que el juez pueda disciplinar el curso del proceso de la manera más adecuada para lograr el objetivo de resolver el litigio con justicia, eficiencia y rapidez.

El punto 2º del artículo 26, inspirado en el principio de celeridad, confiere al juez dos facultades en el transcurso del proceso: la fijación de los plazos para las alegaciones de las partes, y el rechazo de las alegaciones y medios de prueba tardíos, cuando el retraso no esté satisfactoriamente justificado, si su admisión obstaculiza la finalización del litigio y no se consideran pertinentes para la resolución del caso.

“Para acelerar el proceso, el Tribunal puede imponer a las partes un plazo de alegaciones”. Los sistemas procesales varían en cuanto a la fijación de los plazos para los alegatos orales. Existen, por supuesto, ordenamientos jurídicos más rígidos y completos en relación con la fijación de dichos plazos, cuya brevedad es suficiente para garantizar la celeridad del procedimiento. Ciertamente puede haber otros que no establezcan plazos para todo tipo de alegaciones o los fijen excesivamente largos, considerando la necesidad de que el plazo sea suficiente para la realización del acto con pleno aprovechamiento. En estos casos, la disposición que ahora se comenta permite al juez o tribunal fijar el plazo de los alegatos orales, así como reducirlo, si es excesivo. La disposición no excluye al juez de la necesidad de ampliar o extender un plazo legalmente establecido. La necesidad de dar una solución justa al litigio puede obligar al juez a reducir o ampliar cualquier plazo, lo que debe ser permitido por la ley de cada sistema procesal, siempre que la decisión judicial que lo determine esté debidamente motivada.

El segundo mandato del precepto consiste en el rechazo de las

en PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco y NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.), *Os princípios da Constituição de 1988*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, ps. 369-406.

alegaciones y medios de prueba planteados extemporáneamente, es decir, propuestos una vez transcurridos los plazos legal, judicial o contractualmente establecidos y sin que el proponente acredite que existe una razón justa que le impidió realizar el acto en plazo. Una vez que el juez acepta la justificación del retraso, debe admitir la realización del acto, independientemente de cualquier otra circunstancia.

Pero el precepto va más allá en el sentido de flexibilizar el procedimiento y abandonar la rigidez formal del mismo, recomendando la aceptación de la alegación o medio de prueba extemporáneo, siempre que su admisión no perjudique la conclusión del procedimiento y que su presentación se considere relevante para la resolución de la causa. El precepto es una condena del llamado principio de contingencia, adoptado en varios ordenamientos jurídicos, y de la rigidez de las preclusiones, en beneficio de la búsqueda de la verdad y de decisiones más justas.

Las nuevas alegaciones pueden modificar el objeto del litigio, ya sea en relación con la demanda formulada por el demandante o en relación con los motivos de defensa del demandado. El Código Procesal Civil alemán adoptó este enfoque en los artículos § 263 y § 264, que permiten la modificación de la demanda cuando el demandado da su consentimiento o el tribunal lo considera oportuno.

La eventualidad y las preclusiones pueden constituir el compromiso del demandante con la controversia planteada por las partes en el momento de la presentación de la demanda, que no será necesariamente la misma en el momento de la sentencia (e incluso puede no haber sido la controversia real en ese momento inicial); la imposibilidad de cualquier nueva alegación previamente omitida o la corrección del curso del pleito por parte del demandante o del demandado en su desarrollo, ya sea por una valoración imperfecta de las circunstancias del caso realizada inicialmente o por cualquier situación fáctica o jurídica nueva e imprevisible que pueda presentarse en su curso; la necesidad de presentar nuevas reclamaciones sobre cualquier otro litigio, aunque se deriven de la misma relación jurídica o del mismo conjunto de hechos expuestos en la reclamación anterior, son todas ellas circunstancias que aconsejan admitir nuevas reclamaciones, siem-



pre que no perjudiquen la conclusión del procedimiento y sean relevantes para el juicio del caso.

Los estudios de Picó i Junoy<sup>18</sup>, en España, y de Mariacarla Giorgetti<sup>19</sup>, en Italia, son igualmente irrefutables en el sentido de que es indispensable aceptar, dentro de ciertos límites, que el objeto del litigio pueda modificarse en el curso del proceso, para ajustarlo a los cambios que se produzcan en la relación jurídica de Derecho sustantivo y para orientar la solución del litigio efectivamente hacia las cuestiones que de hecho aquejan a las partes en el momento de dictarse la disposición judicial, asegurando así que el proceso alcance su objetivo de pacificación de los litigantes.

Al exigir que la nueva alegación no perjudique la finalización del proceso, el precepto exige que sea de buena fe, es decir que no haya indicios vehementes de que la nueva alegación haya sido motivada por la perspectiva de fracaso del pleito original, ni por el probable resultado desfavorable de la prueba de los hechos originalmente alegados, y menos aún como artificio para crear una situación imprevisible para la parte contraria, dado el curso originalmente seguido por el pleito. La observancia del plazo para el saneamiento de la demanda es un indicio de esa buena fe, ya que la fase de instrucción del pleito aún no ha comenzado. La buena fe también parece evidente en la hipótesis de alegación de hechos o derechos sobrevenidos.

Para que la nueva alegación o el nuevo medio de prueba sea considerado, es necesario que se refiera a la relación jurídica originalmente disputada entre las partes o al mismo conjunto de hechos jurídicamente relevantes, y que sea evidente la utilidad de, a través de ella, obtener una decisión más adecuada y justa.

En cuanto a la proposición de nuevas pruebas, siempre que no haya indicios de mala fe, ni perjudique la celeridad del proceso, el juez debe ser tolerante en su admisión, en la búsqueda de una decisión más ajustada a la verdad, aunque se solicite tardíamente. El formalismo procedimental no es un fin en sí mismo.

<sup>18</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, ps. 45-46.

<sup>19</sup> GIORGETTI, Mariacarla, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, G. Giappichelli, Torino, 2008, *passim*.

## 15. Contradictorio como influencia

El capítulo de principios procesales del Código Modelo culmina en el artículo 27 con la consagración explícita del principio de contradicción. Las dos simples reglas en las que se despliega el artículo 27 están muy lejos de expresar todo el alcance de este principio, ya que ha sido reconocido en diversas leyes procesales, en los tratados internacionales sobre derechos humanos, en las constituciones nacionales, en la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y de los tribunales internacionales, así como en la abundante y reputada doctrina contemporánea<sup>20</sup>.

El principio de *contradicción* puede definirse como aquel por el que nadie puede verse afectado por una decisión en su esfera de interés, sin haber tenido la amplia oportunidad de influir efectivamente en su formación en igualdad de condiciones con la parte contraria. Es el llamado *contradictorio como influencia*, expresión procesal del principio político de la participación democrática, que rige la relación entre el Estado y los ciudadanos en las democracias de finales del siglo XX y principios del XXI. Como garantía fundamental del debido proceso, el principio de contradicción exige que el proceso se desarrolle a través de un proceso dialéctico en el que, a medida que se plantean las cuestiones, éstas son sometidas a debate por el juez para obtener el pronunciamiento de las partes sobre las mismas y posteriormente decidir las. Es un principio tradicional del procedimiento judicial, que se remonta a la Antigüedad (*audiatur et altera pars*) y se presenta como una exigencia de la propia imparcialidad del juez.

Es de la esencia del principio de contradicción, que por ello suele llamarse *contradictorio participativo*, la audiencia bilateral de las partes, que consiste en la adecuada y oportuna notificación de la presentación de la causa y de todos los actos procesales que se realicen en ella a todos los que puedan sufrir la eficacia de su futura decisión, mediante comunicaciones preferentemente reales, así como la amplia oportunidad de impugnar y contrarrestar los actos de los demás sujetos, de modo que ninguna cuestión se decida sin esta audiencia previa de los interesados.

<sup>20</sup> ANDOLINA, Italo y VIGNERA, Giuseppe, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, G. Giappichelli, Torino, 1988, *passim*.

El contradictorio presupone también el derecho de las partes a presentar alegaciones, a proponer y producir pruebas, a participar en la producción de pruebas solicitadas por el contradictorio o determinadas de oficio por el juez y a exigir la adopción de todas las medidas que puedan ser útiles para la defensa de sus intereses, según las circunstancias del caso y las imposiciones del Derecho material, en igualdad de condiciones con los demás sujetos principales del proceso.

Para que la audiencia de las partes sea eficaz como instrumento de su influencia efectiva en las decisiones judiciales, el sistema acusatorio impone la *congruencia de los plazos*. A pesar de la brevedad de los plazos exigidos por la celeridad del proceso, éstos deben ser suficientes, según las circunstancias del caso, para la práctica de cada acto de la parte con beneficio efectivo para su defensa.

El contradictorio efectivo como instrumento de influencia efectiva en las decisiones judiciales es siempre previo, antes de cualquier decisión, y su aplazamiento debe ser excepcional y fundado para evitar la pérdida de derechos y prever la llamada *tutela de urgencia*, en cuyo caso el juez debe garantizar al perjudicado que su audiencia posterior y sus alegaciones y pruebas sean concretamente examinadas y valoradas en una decisión posterior, en igualdad de condiciones con su contradictorio.

Con todas las implicancias humanitarias que el procedimiento contradictorio proyecta en la actividad de las partes y del juez a lo largo del proceso, no es exagerado considerarlo como el principio más importante del proceso que, de hecho, abarca varios otros y, hoy en día, no se satisface sólo con una audiencia formal de las partes, sino que debe ser efectivamente un instrumento de participación de las partes en el proceso de formación de decisiones y de cooperación entre todos los sujetos del proceso.

Junto a la audiencia bilateral, la igualdad de armas o igualdad de las partes, de la que ya nos hemos ocupado en el comentario al artículo 21, es otro requisito indispensable del proceso contradictorio participativo.

Al asegurar a las partes la oportunidad de discutir todos los aspectos de hecho y de derecho en los que se basa la sentencia, el artículo 27 somete al procedimiento contradictorio previo incluso las cuestiones

que el juez puede o debe considerar de oficio, como las cuestiones de orden público o las que pueden conducir a la nulidad absoluta.

El artículo 21 subraya que éste es un componente esencial del derecho a un juicio justo, que no se limita al derecho a proponer la presentación de pruebas, sino que también incluye el derecho a presentar efectivamente todas las pruebas que puedan ser relevantes para el éxito de su caso o defensa, así como el derecho a ofrecer contra-pruebas a las pruebas presentadas por un adversario.

Por último, el proceso contradictorio participativo impone al juez el deber de motivar de forma coherente todas sus decisiones, una motivación que responda a todas las cuestiones relevantes planteadas en el caso con argumentos precisos y racionalmente desarrollados, y no basta con que el juez se limite a desarrollar una línea argumental que pueda apoyar hipotéticamente sus conclusiones. Sólo es posible estar seguro de que el tribunal se ha dejado influir efectivamente por la actividad argumentativa y probatoria de las partes, si en la motivación de la resolución ha respondido a todas las alegaciones y pruebas relevantes presentadas por las partes, aunque sea para rechazarlas. En este sentido, los defectos de motivación, que pueden conducir a la nulidad de la decisión por violación del principio de contradicción, incluyen, entre otros, la mera invocación de artículos de la ley o el uso de conceptos indeterminados sin explicar la razón de su incidencia en el caso concreto, la adopción de argumentos genéricos que se prestan a justificar cualquier decisión diferente, la falta de respuesta a todas las alegaciones y pruebas relevantes aducidas por las partes que podrían llevar a una conclusión distinta de la adoptada, y la mera invocación de precedentes o antecedentes judiciales sin comparar efectivamente los casos y analizar su similitud y sin identificar cómo se aplican sus fundamentos al caso que nos ocupa.

## **Bibliografía**

- ANDOLINA, Italo y VIGNERA, Giuseppe, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, G. Giappichelli, Torino, 1988.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 4ª ed., Edipro, São Paulo, 2014, t. V.
- CAPPELLETTI, Mauro y TALLON, Denis, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Giuffrè, Milano, 1973.

- CHARRIER, Jean-Lopu, *Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Litec, Paris, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Dell'azione nascente dal contrato preliminare*, en CHIOVENDA, Giuseppe, *Saggi di Diritto Processuale (1894-1937)*, Giuffrè, Milano, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Garantia do processo sem dilações indevidas (responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdiccional)*, en *Temas atuais de Direito Processual Civil*, Del Rey, Belo Horizonte, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Justicia y pandemia*, en *International Association of Procedural Law Review*, Intersentia, Antwerp, N° 2, 2020.
- GIORGETTI, Mariacarla, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, G. Giappichelli, Torino, 2008.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- GRECO, Leonardo, *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*, en PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco y NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.), *Os princípios da Constituição de 1988*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- *Instituições de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2015, vols. I-II.
- GRECO, Leonardo et al., *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Primeira parte. Anteproyecto de Grupo de Investigación "Observatorio de las Reformas Procesales" de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro*, en *Revista de Processo*, São Paulo, año 40, N° 240, feb. de 2015.
- GUASP, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Bosch, Barcelona, 1943.
- MARTENET, Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Schulthess, Zurich-Bâle-Genève, 2003.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- TARZIA, Giuseppe, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, en *Revista de Processo*, año 26, N° 103, Revista dos Tribunais, São Paulo.
- TROCKER, Nicolò, *Processo civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.
- VAN RHEE, C. H., *Introduction*, en VAN RHEE, C. H. (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia, Antwerp, 2008.



## CAPÍTULO 2

### ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA\*

**Art. 28** *Legitimidad para demandar\*\*:*

- (1) **Están legitimadas para demandar las personas que invoquen una lesión o un riesgo de lesión de un derecho subjetivo o un interés legítimo.**
- (2) **La demanda puede interponerse contra personas u órganos públicos o contra personas privadas que ejercen potestades públicas.**
- (3) **Puede otorgarse también la legitimación para demandar a personas privadas u órganos públicos independientes que defiendan intereses difusos.**
- (4) **Los órganos públicos también están legitimados para demandar cuando invoquen una lesión en su ámbito competencial.**

1. El artículo 28 del Código Modelo, en la sección que contiene los requisitos de admisibilidad de la acción, atribuye al interés en ejercitar la acción el carácter de requisito necesario de la acción judicial.

Esta definición parece representar una señal “fuerte” del legislador del Código, que pretende dotar al sistema procesal administrativo de autonomía con respecto al sistema procesal de la justicia ordinaria.

La noción de interés procesal ha estado en el origen, en todos los sistemas de referencia, de los debates doctrinales y jurisprudenciales.

\* Arts. 28, 29 y 32 a 34 comentados por DIANA-URANIA GALETTA y STEFANO D’ANCONA, y 30 y 31 por OSCAR R. AGUILAR VALDEZ.

\*\* Párrafos 2º y 3º comentados por D. U. GALETTA; párrafos 1º y 4º comentados por S. D’ANCONA.

No obstante, hay que señalar que, a diferencia de algunos ordenamientos jurídicos, la norma que nos ocupa reconstruye la noción de interés para ejercitar la acción refiriéndose únicamente a un presupuesto jurídico sustancial, esto es, la titularidad por parte del demandante de un interés legítimo o de un derecho subjetivo<sup>1</sup>.

La protección que el precepto otorga al particular es entonces muy amplia, teniendo en cuenta que la norma se refiere no sólo a la lesión, sino también al “riesgo de lesión” de las situaciones subjetivas referidas. Esto caracteriza fuertemente el sistema en términos de eficacia, anticipando la protección de la única lesión potencial.

Están legitimados para la acción no sólo los titulares de posiciones “individuales” sino, según el apartado 3º, también los titulares de los llamados intereses ultraindividuales.

A este respecto, la disposición prevé un interés especialmente fuerte para interponer una acción, que es el de las personas encargadas de defender un interés generalizado o colectivo (apartado 3º).

El reconocimiento del interés difuso en el marco de las situaciones sustanciales que legitiman el inicio de la acción es expresivo de la voluntad del legislador de ampliar el ámbito de la tutela judicial, aportando una solución general al problema –muy debatido en muchos de los sistemas de referencia– de la legitimación de las asociaciones para la protección de los intereses difusos.

La disposición también prevé, de forma muy adecuada, un interés en la interposición de recursos para los organismos públicos que aleguen una infracción de sus competencias (apartado 4º).

Por último, el precepto contiene elementos importantes para la identificación de las partes con legitimación pasiva en el procedimiento: se trata no sólo de las administraciones públicas en sentido formal (Estado, entes públicos territoriales y, en general, organismos públicos de diversa índole), sino también de los particulares que son expresión de poderes públicos (el recurso “podrá interponerse contra organismos

<sup>1</sup> En el ordenamiento jurídico italiano, por ejemplo, este presupuesto sustantivo da lugar a la diferente noción de legitimación que, junto con el interés en ejercitar la acción –que en esos ordenamientos es un presupuesto procesal–, constituye el fundamento de toda acción ante el tribunal (apartado 4 *infra*).



o entidades públicas o contra particulares responsables del ejercicio de potestades públicas” –apartado 2º–).

2. Sin embargo, hay una serie de aspectos críticos de la disposición, que surgieron en el curso del debate en el grupo de trabajo del Código y que, por lo tanto, vale la pena destacar.

El primer punto crítico que se debatió fue si el Código debía o no proporcionar una definición de la noción de interés en la presentación de los procedimientos. Aunque no existe una norma detallada sobre el interés en ejercitar la acción en el Derecho Procesal Administrativo italiano, la jurisprudencia y la doctrina han definido sus características esenciales, que son diferentes de las establecidas en el Código. Se desprende, en este contexto nacional, que la vulneración o la amenaza de vulneración de una situación jurídica sustancial no puede constituir una condición suficiente para el examen del recurso en cuanto al fondo.

Además de este requisito previo<sup>2</sup>, el tribunal debe evaluar si existe o no un beneficio concreto que obtendría el demandante de una decisión favorable del tribunal<sup>3</sup>. Por lo tanto, el interés en ejercitar la acción adquiere un alcance diferente al del Código.

La jurisprudencia italiana observa entonces que el interés en ejercitar la acción debe ser actual y concreto y que la acción solicitada debe ser capaz de alcanzar el resultado buscado por el demandante<sup>4</sup>.

Por ello, algunos de los participantes en el grupo de trabajo destacaron la limitación de una definición de las condiciones de la acción vinculada exclusivamente a la cuestión del daño al interés sustancial<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Este presupuesto constituye la base de otro presupuesto procesal diferente (la llamada legitimación para obrar) que, junto con el interés en obrar, tal como se ha expuesto anteriormente, son los dos elementos constitutivos del derecho a obrar en el ordenamiento jurídico italiano (apartado 4 siguiente).

<sup>3</sup> Más precisamente, según autorizada doctrina, el interés en recurrir consiste precisamente en la utilidad concreta que, como ventaja potencial, el sujeto, titular del interés lesionado, podría obtener de una decisión favorable. VIRGA, P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 115.

<sup>4</sup> *Infra*, véanse las notas 20-25.

<sup>5</sup> En Italia, por ejemplo, una parte de la doctrina ha dado qué pensar y no ha dejado de señalar cómo “el interés a recurrir debe mantenerse claramente diferenciado

3. La cuestión del interés en ejercitar la acción y su calificación está obviamente presente en todos los ordenamientos jurídicos nacionales de referencia y ha sido también objeto de regulación por el Derecho de la Unión Europea.

Partiendo de este último, el artículo 263, apartado 4º, del TFUE establece actualmente que “toda persona física o jurídica podrá, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, interponer recurso contra un acto del que sea destinataria o que le afecte directa e individualmente, así como contra los actos reglamentarios que le afecten directamente y que no impliquen medidas de ejecución”.

Por lo que respecta a las condiciones de admisibilidad de los recursos interpuestos por los particulares, la versión actual de la disposición representa un avance significativo con respecto a la versión anterior del artículo 230, CE<sup>6</sup>. En particular, en el caso de los recursos contra medidas reglamentarias, la disposición suprime la condición de daño individual, que en estos casos era especialmente difícil de probar (ya que en este caso la medida se dirige al Estado miembro).

En cambio, se mantiene el requisito del perjuicio directo y la necesidad, como requisito de admisibilidad del recurso, de un interés en ejercitar la acción en el sentido de que la anulación del acto pueda procurar por sí misma un beneficio a la persona física o jurídica que lo ejercita<sup>7</sup>.

La nueva disposición del TFUE es el producto de la elaboración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del debate que se había

del interés legítimo, porque debe valorarse desde el punto de vista estrictamente procesal, a diferencia del interés legítimo que es de carácter sustancial”. Esto explica cómo “el interés legítimo puede existir porque el sujeto es el titular de la posición legitimadora, pero el interés en recurrir puede no existir por la falta de ventaja potencial derivada de la posible aceptación del recurso”. VIRGA, ob. cit.

<sup>6</sup> Según el cual: “Toda persona física o jurídica puede, en las mismas condiciones, interponer un recurso contra las decisiones de las que es destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente”.

<sup>7</sup> Tribunal de Justicia, Gran Sala, sentencia del 22-6-2021, en la causa “República Bolivariana de Venezuela”, C-872/19P, ECLI:EU:C:2021:507, apartado 82. Véase Tribunal de Justicia, 21-1-2021, “Alemania/Esso Raffinage”, C-471/18 P, EU:C:2021:48, apartado 103 y jurisprudencia allí citada.

desarrollado sobre el tema en la doctrina<sup>8</sup>. Sin embargo, el punto de inflexión fue la aprobación, en diciembre de 2000, de la Carta de Derechos de la Unión Europea, cuyo artículo 47 recoge expresamente el derecho a un recurso efectivo<sup>9</sup>.

Mientras que los tratados excluyen cualquier idea de “acción popular”, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abrió la posibilidad de que las asociaciones puedan interponer acciones cuando sean destinatarias de un acto que afecte específicamente a sus propios intereses, pero no para defender las categorías que representan<sup>10</sup>, a menos que se cumplan determinadas condiciones<sup>11</sup>. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha permitido que las asociaciones intervengan para proteger intereses difusos y colectivos. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha permitido la intervención de asociaciones para proteger intereses difusos y colectivos, en particular cuando su intervención es útil para una mejor apreciación de los hechos y del marco general de referencia<sup>12</sup>. Asimismo, cabe señalar que el Tribunal de Justicia no se considera vinculado por el Derecho de los Estados miembros en lo que respecta a la calificación de una asociación como persona jurídica y acepta

<sup>8</sup> ADAM, V. R. y TIZZANO, A., *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2010, ps. 308 y ss. y jurisprudencia y doctrina allí citada.

<sup>9</sup> El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene fuerza vinculante desde el 1-12-2009, establece: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18-3-75 en la causa 72/74, “Union syndicale”, en *Raccolta*, 1975, ps. 401 y ss., apartado 17.

<sup>11</sup> Como, por ejemplo, la participación de una asociación en el procedimiento que lleva a la adopción de una decisión sobre ayudas estatales. Véase la sentencia de Tribunal de Justicia de 2-2-88, en las causas acumuladas C-67, 68 y 70/85, “Van der Kooy”, en *Raccolta*, 1998, ps. 219 y ss., puntos 21 y ss.

<sup>12</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia del 28-5-2004, en las causas acumuladas T 125/03 y T 253/03, “Akzo Nobel”, en *Raccolta*, ps. II-315 y ss., punto 22 (17 y siguientes).

también los recursos de los grupos de hecho de personas afectadas por una decisión, siempre que puedan demostrar la existencia de un interés directo e individual<sup>13</sup>.

Una excepción es el ámbito de la protección del medio ambiente: en este contexto específico, como es bien sabido, el Tribunal ha declarado (en relación con la Directiva 85/337, modificada por la Directiva 2003/35) que “...el artículo 10 bis de la Directiva 85/337 se opone a una legislación que no reconoce a una organización no gubernamental que actúa a favor de la protección del medio ambiente, recogida en el artículo 1º, apartado 2º, de esta Directiva, la posibilidad de invocar, en el marco de un recurso contra una decisión de autorización de proyectos ‘que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente’ en el sentido del artículo 1º, apartado 1º, de la Directiva 85/337, la infracción de una norma del Derecho de la Unión que tenga por objeto la protección del medio ambiente, basándose en que esta norma protege únicamente los intereses de la colectividad y no los de los particulares”<sup>14</sup>.

La sentencia se dictó a raíz de una petición de decisión prejudicial del *Oberverwaltungsgericht* del *Land Nordrhein-Westfalen* (Alemania). Según el Derecho alemán, de acuerdo con las disposiciones de los §§ 42 II, 43 y 47 II de la *VwGO* y su interpretación por parte de la teoría jurídica y la jurisprudencia alemana, debe existir siempre una infracción de un derecho subjetivo del demandante. Por lo tanto, no sólo se excluye cualquier posibilidad de acción popular, sino que también es muy limitada la posibilidad de que se reconozca a las asociaciones que protegen intereses difusos la posibilidad de interponer un recurso. Salvo en los casos en que pueda hacerse referencia al artículo 64.1 de la *BNatschG*.

En cuanto a los demás sistemas nacionales de referencia, en el ordenamiento jurídico francés –aunque la acción popular está excluida y, por tanto, la condición de ciudadano no es suficiente para estar

<sup>13</sup> Tribunal de Justicia, sentencia del 28-10-82 en la causa 135/8, *Raccolta*, 1982, p. 3799, puntos 11 y ss.

<sup>14</sup> Tribunal de Justicia, sentencia del 12-5-2011, en la causa C-115/09, “*Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*”, disponible en <http://eur-lex.europa.eu>, punto 50 de la fundamentación.

legitimado para ejercitar la acción de *excès de pouvoir*– la noción de interés para ejercitar la acción es concebida de forma muy amplia por la jurisprudencia, en consonancia con el carácter de acción de interés público que se reconoce a la acción de *excès de pouvoir*<sup>15</sup>.

Por último, en lo que respecta al ordenamiento jurídico español, si bien el artículo 24.2 de la Constitución española reconoce el interés en ejercitar la acción únicamente a las personas cuyos derechos o intereses legítimos hayan sido lesionados, el artículo 19 de la LJCA también reconoce la legitimación para ejercitar la acción a favor de las asociaciones y sindicatos que representen intereses difusos o colectivos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha interpretado este precepto de forma extensiva<sup>16</sup>.

4. Como se ha señalado, el precepto en cuestión se ocupa de definir los requisitos del interés en ejercitar la acción, vinculándolo a la lesión o riesgo de lesión de intereses legítimos y derechos subjetivos.

También en la legislación italiana, el derecho a recurrir está vinculado a la necesaria titularidad de una posición jurídica sustancial por parte del demandante. Sin embargo, este requisito procesal es distinto del interés en ejercitar la acción y se denomina legitimación para ejercitar la acción o derecho a ejercerla<sup>17</sup>. Esto, que, al igual que en la norma del Código, está vinculado a la existencia de “una situación jurídica activa, amparada por el ordenamiento jurídico”<sup>18</sup>, encuen-

<sup>15</sup> CHAPUS, R., *Droit du Contentieux Administratif*, 13ª ed., Montchrestien, Paris, 2008, ps. 467 y ss.

<sup>16</sup> Para profundizar sobre este punto, véase RODRÍGUEZ SEGADO, L. M., *Legitimación activa de las asociaciones para impugnar la actividad administrativa: doctrina constitucional*, en *Cuadernos críticos del Derecho*, 2010/1, ps. 1 y ss.

<sup>17</sup> CASSETTA, E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2010, p. 807. El Consejo de Estado ha afirmado que “debe tenerse estrictamente presente la clara distinción entre la titularidad de una posición sustantiva diferenciada que habilita a un determinado sujeto para el ejercicio de la acción (legitimación para recurrir) y la utilidad derivada de la aceptación de la solicitud de nulidad (interés en el recurso) [...] La legitimación para recurrir presupone el reconocimiento de la existencia de una situación jurídica activa, amparada por el ordenamiento, referida a un bien de la vida que es objeto de la función desempeñada por la Administración o por un sujeto equivalente a ella” (Consejo de Estado, sec. III, 14-3-2018, Nº 1643; Consejo de Estado, plenario, 7-4-2011, Nº 4).

<sup>18</sup> Consejo de Estado, sec. III, 14-3-2018 cit.

tra sus referencias en las normas que delimitan la competencia del juez administrativo.

En efecto, en el artículo 7° del decreto legislativo 104/2010 (Código del Proceso Administrativo), bajo el epígrafe de *Jurisdicción administrativa*, es donde el legislador italiano ha dispuesto que al juez administrativo se le confía la tutela de los intereses legítimos y, exclusivamente en las materias particulares señaladas por la ley, de los derechos subjetivos<sup>19</sup>. Por otra parte, este planteamiento, que limita la competencia del juez administrativo a los intereses legítimos, se derivaría directamente de las disposiciones constitucionales (arts. 103.1 y 113.1). Las disposiciones citadas sancionan un principio de división de competencias entre el juez ordinario y el juez administrativo, de modo que el primero es competente para conocer de los litigios relativos a la lesión de derechos subjetivos, mientras que el segundo lo es para conocer de los litigios relativos a la lesión de intereses legítimos. Excepcionalmente, para sectores particulares o materias previstas en normas específicas, el juez administrativo puede ser también requerido por la lesión de derechos subjetivos<sup>20</sup>.

En términos generales, por lo tanto, en el sistema italiano la competencia del juez administrativo es más restringida en comparación con la que señala la norma del Código.

Además de la legitimación para actuar, como se ha dicho, el otro requisito de la acción ante el juez administrativo en el sistema italiano es, precisamente, el interés para actuar.

Sin embargo, esta noción, en este sistema, asume un alcance completamente diferente al señalado en la disposición del Código.

Como ya se ha señalado (*supra*, apartado 2°), en las normas del

<sup>19</sup> Art. 7.1 del decreto legislativo 104/2010, por el que se desarrolla el art. 44 de la ley 69 de 18-6-2009, que delega en el gobierno la reorganización del proceso administrativo, Código del Proceso Administrativo.

<sup>20</sup> Sectores en los que existe un “inextricable nudo gordiano” que vincula posiciones de interés y derechos, por lo que, por razones de oportunidad, el legislador ordinario ha decidido ampliar el ámbito de competencia del juez administrativo también a los derechos subjetivos (véase, entre otras, Corte Constitucional, 6-7-2004, N° 204). Se trata de la llamada competencia exclusiva del juez administrativo en determinados bloques de materias.

procedimiento administrativo italiano no existe ninguna disposición específica que haga referencia al interés en ejercitar la acción como requisito previo a la misma.

Si acaso, se puede encontrar una referencia positiva a la noción en las normas de procedimiento civil, donde el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil, retomando el artículo 36 del antiguo Código de Procedimiento, establece que “para ejercitar una acción judicial es necesario tener un interés” (art. 100 del Código de Procedimiento Civil).

El precepto, que sin embargo no ofrece una definición específica del concepto, ha sido profundizado y elaborado por la doctrina procesal-civil, según la cual el interés en ejercitar la acción<sup>21</sup> es “el elemento material del derecho de acción y consiste en el interés en obtener la medida solicitada”<sup>22</sup>. Es “diferente del interés sustancial” para cuya protección se pretende la acción y es, por tanto, un “interés procesal secundario e instrumental con respecto al interés principal”<sup>23</sup>. El interés en ejercitar la acción surge, por tanto, de “la necesidad de obtener la protección del interés sustancial del proceso y presupone, por tanto, la afirmación de la lesión de dicho interés”<sup>24</sup>. En otras palabras, es “la relación de utilidad actual entre la lesión de un derecho que se ha afirmado y la medida de protección judicial que se solicita”<sup>25</sup>.

Estos planteamientos doctrinales encuentran asonancia en los pronunciamientos jurisprudenciales, donde se afirma que el interés en ejercitar la acción constituye un requisito de la petición consistente

<sup>21</sup> El interés en ejercitar la acción, junto con la capacidad jurídica, es una de las condiciones para ejercitarla. En efecto, es habitual distinguir entre las condiciones de la acción (interés y legitimación para obrar), que se concretan en un derecho a obrar, es decir, un “derecho al juicio y a la sentencia sobre el fondo” (LIEBMAN, T. E., *Manuale di Diritto Procedurale Civile*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 142), y los presupuestos procesales necesarios para la validez del juicio, cualquiera que sea la sentencia. Según la doctrina autorizada, se califican como presupuestos procesales la competencia, la regularidad fiscal, la legitimación *ad processum*, el experimento previo de conciliación, etc. (SATTA, S., *Diritto Processo Civile*, Cedam, Padova, 1973, p. 115).

<sup>22</sup> LIEBMAN, ob. cit., p. 147.

<sup>23</sup> LIEBMAN, ob. cit., p. 145.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> LIEBMAN, ob. cit., p. 147.

en la necesidad de obtener un resultado útil jurídicamente apreciable y no realizable sin la intervención del juez<sup>26</sup>.

En el marco del proceso administrativo, la noción de interés para ejercitar la acción como condición de admisibilidad de la misma ha sido sustituida sustancialmente por el Derecho Procesal Civil, al no existir una norma similar al artículo 100, CPC; por otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reelaborado el concepto de forma totalmente autónoma respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En efecto, ha sido destacado por una autorizada doctrina que, según los magistrados del Consejo Superior de Administración, el interés en recurrir contra la administración no debe entenderse genéricamente, en términos de idoneidad de la acción para alcanzar el resultado perseguido, sino “más específicamente como el interés del recurrente en obtener una utilidad o una ventaja (material o, en ciertos casos, moral) a través de la vía administrativa”<sup>27</sup>; mientras que en el procedimiento

<sup>26</sup> Tribunal de Casación, sección 3ª, sentencia 5074 del 5-3-2007; Tribunal de Casación, sección 1ª, del 10-8-2000, Nº 565. Este principio encuentra excepciones en determinados tipos de acciones de conocimiento, como las acciones declarativas. Se ha observado a este respecto que el interés en ejercitar una acción de mera constatación no implica necesariamente que se produzca efectivamente una lesión de un derecho, siendo suficiente un estado de incertidumbre objetiva sobre la existencia de una relación jurídica y el alcance exacto de los derechos y obligaciones que de ella se derivan, siendo la eliminación de dicha incertidumbre un resultado útil y jurídicamente relevante que no puede alcanzarse sin la intervención del órgano jurisdiccional (Tribunal de Casación, Nº 7096/2012, 8464/2011, 13556/2008).

<sup>27</sup> TRAVI, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2010, p. 192. En este sentido, el Consejo de Estado ha confirmado recientemente (sec. V, sentencia del 12-5-2020, Nº 2969) que, según una dirección jurisprudencial consolidada, el interés en ejercitar la acción está conectado con la “lesión de la posición jurídica del sujeto” y existe si “es posible identificar una utilidad de la que se beneficiaría el sujeto como consecuencia de la supresión de la medida” (Consejo de Estado, sec. II, del 20-6-2019, Nº 4233); se identifica en concreto en la ventaja que el recurrente puede conseguir como consecuencia de la estimación del recurso, y consiste en la “posibilidad concreta de perseguir un bien de la vida, incluso de carácter moral o residual, a través del proceso, en correspondencia con una lesión directa y actual del interés protegido” (Consejo de Estado, sec. V, del 7-1-2020, Nº 83; sec. II, del 24-6-2019, Nº 4305; sec. IV, del 1-3-2017, Nº 934; 23-8-2016, Nº 3672; sec. VI, del 21-3-2016, Nº 1156; sec. IV, del 20-8-2015, Nº 3952). Para las referencias jurisprudenciales sobre el hecho de que el interés también puede ser sólo instrumental, Consejo de Estado, sec. IV, del 9-10-2000, Nº 5342.



civil “el interés en ejercitar la acción permanece generalmente en un segundo plano, según el Consejo de Estado en el procedimiento administrativo el interés en ejercitar la acción adquiere siempre una importancia concreta”<sup>28</sup>.

Especialmente en los recursos constitutivos (entre los que se encuentra el recurso de anulación de actos), la apreciación del interés para recurrir asume un valor especialmente importante: piénsese en una lista de clasificación de un concurso para la contratación de funcionarios, cuya legitimidad se impugna por la atribución a un candidato de una puntuación inferior a la debida, en la que, si el aspirante, ilegalmente degradado, no demuestra que la atribución de la puntuación correcta le habría colocado en una posición útil para la contratación, verá desestimado su recurso por falta de interés<sup>29</sup>.

Según el Consejo de Estado, el interés en ejercitar la acción en la vía administrativa se encuentra “entre las condiciones necesarias tanto en el momento de la interposición del recurso judicial como en el de la adopción de la resolución”, con la consecuencia de que la carencia sobrevenida de esta condición fundamental en el curso del procedimiento determina la improcedencia del recurso<sup>30</sup>.

Por último, la jurisprudencia ha identificado otros atributos del interés en recurrir, a saber, la personalidad (el resultado ventajoso debe afectar específica y directamente al recurrente), la actualidad (el interés debe poder existir en el momento del recurso) y la concreción (perjuicio concreto para el recurrente). Es precisamente la referencia a estas características la que ha llevado a la conclusión de que el interés en recurrir es insustancial en el caso de los recursos contra actos administrativos internos (por ejemplo, circulares), actos preparatorios (por ejemplo, dictámenes), actos legislativos (reglamentos) o actos generales

<sup>28</sup> TRAVI, ob. cit.

<sup>29</sup> *Ibidem*. En la jurisprudencia, esta demostración del demandante se denomina “prueba de resistencia”. El principio surge, sobre todo, en los recursos de anulación relativos a los procedimientos públicos (por ejemplo, los procedimientos de adjudicación de contratos) en los que la prueba de resistencia debe realizarse asumiendo la adjudicación de la puntuación debida al demandante y/o la adjudicada erróneamente al ganador. Sobre este punto, Consejo de Estado, sec. V, del 13-11-2020, N° 7000.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, sec. V, del 23-6-2011, N° 3810. Recientemente, Consejo de Estado, sec. IV, del 6-12-2019, N° 8349.

(por ejemplo, planes reguladores), en los que, en todos estos casos, el perjuicio sólo puede ser producido por el acto final del procedimiento o por un acto que produzca efectos externos o sólo en presencia de un acto de ejecución<sup>31</sup>.

El interés para actuar, como ya se mencionó en el párrafo introductorio, en el sistema jurídico italiano, está anclado a la situación jurídica subjetiva sustancial del interés legítimo<sup>32</sup>.

Por lo que respecta a la titularidad del interés para actuar por parte de los sujetos destinados a la defensa de un interés difuso o colectivo (apartado 3º de la norma en comentario), debe subrayarse que en el sistema nacional italiano no existe un principio similar al de la norma en comentario, sino todo lo contrario. En el sistema predomina una visión individualista de la protección de los derechos, basada “en el interés personal de emprender acciones legales” de derivación románica y muy difícil de ceder a una visión más amplia y menos formalista.

La evolución hacia una nueva visión es el resultado de una lenta gestación jurisprudencial que ha llevado a la concepción según la cual

<sup>31</sup> TRAVI, ob. cit., p. 193.

<sup>32</sup> Véase D'ORSOGNA, M., *Giustizia Amministrativa*, F. G. Scoca, Giappichelli, 2009, p. 270. En particular, el interés en actuar que presupone las llamadas acciones colectivas según el art. 1.1 del decreto legislativo 198 del 20-12-2009, que sin embargo han tenido poco éxito en el proceso administrativo. De acuerdo con el citado precepto, “los titulares de intereses jurídicamente relevantes y homogéneos de una pluralidad de usuarios y consumidores” podrán dirigirse contra las administraciones públicas y los concesionarios de servicios públicos, con el fin de que se restablezca el correcto desempeño de una función o la adecuada prestación de un servicio, si de la vulneración de los plazos o de la falta de emisión de actos administrativos de carácter general que sean obligatorios y no tengan contenido normativo, se deriva una lesión directa, concreta y actual para sus intereses, que deberá dictarse dentro y no más tarde de un plazo fijado por una ley o reglamento, el incumplimiento de las obligaciones contenidas en las cartas de servicios o la violación de las normas cualitativas y económicas establecidas, para los concesionarios de servicios públicos, por las autoridades encargadas de la regulación y el control del sector y, para las administraciones públicas, definidas por las mismas de acuerdo con las disposiciones sobre prestaciones contenidas en el decreto legislativo 150 del 27-10-2009, en línea con las orientaciones de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo, en consonancia con las directrices definidas por la Comisión de Evaluación, Transparencia e Integridad de las Administraciones Públicas a la que se refiere el artículo 13 del mismo decreto y de acuerdo con el calendario definido por el decreto legislativo 150 de 27-10-2009.

el interesado puede ser apoyado en un juicio relativo a la protección de sus derechos también por una asociación, a la que ha conferido un poder para ello.

La asociación no sustituye al interesado, sino que le apoya *ad adiuvandum*<sup>33</sup>.

La cuestión de la legitimidad de las asociaciones que protegen “intereses difusos” es obviamente diferente. A pesar de algunos reconocimientos legislativos que han atribuido expresamente legitimidad activa a determinados sujetos para la protección de intereses difusos (nos referimos a la ley de creación del Ministerio de Medio Ambiente L. de 8-7-86, 349, que reconoce la legitimidad de las asociaciones proteccionistas identificadas por decreto pero también a la L. de 30-7-98, 281, que reconoce la legitimidad de las asociaciones de usuarios de servicios públicos). Más recientemente, el artículo 146, párrafo 12, del Código del Patrimonio Cultural y del Paisaje (decreto legislativo 42 de 22-1-2004), prevé la posibilidad de impugnar la autorización paisajística, mediante recurso ante el tribunal administrativo regional o mediante la interposición de un recurso extraordinario ante el presidente de la República, por parte de las asociaciones representativas de intereses difusos identificados en virtud de las disposiciones legales vigentes en materia de medio ambiente y de daños ambientales, y por parte de cualquier otro sujeto público o privado que tenga interés, incluso cuando no haya participado en el procedimiento en primera instancia.

Queda, sin embargo, un vacío legal que alimenta el enfrentamiento entre quienes, salvo en los casos típicos, excluyen en general la legitimación activa de las asociaciones para la protección de intereses difusos por considerar que los intereses generales e indiferenciados no pueden transformarse en intereses legítimos<sup>34</sup> y quienes, en cambio, son partidarios de la legitimación de estas figuras subjetivas cuando han formalizado, en sus estatutos o en otro acto constitutivo, la referencia a los intereses cuya protección invocan ante los tribunales administrativos<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Recientemente, Consejo de Estado, sec. IV, del 29-4-2020, N° 2733.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, sec. VI, del 15-12-98, N° 884, en F. I. 1999-III, 74; GALLO, C. E., *Manuale di Giustizia Amministrativa*, Torino, 2001, ps. 68 y ss.

<sup>35</sup> El debate es referido por D'ORSOGNA, ob. cit., p. 271. Para la tesis favorable,

**Art. 29 Intervención de terceros<sup>36</sup>:**

- (1) El Tribunal puede admitir la intervención de terceros, cuyos intereses puedan ser afectados por la decisión judicial.**
- (2) La posibilidad de la intervención de terceros legitimados debe garantizarse por medio de una información adecuada, preferentemente personal, cuando la cosa juzgada les afecte.**

1. La norma en comentario establece que el tribunal puede admitir la intervención de terceros “cuyos intereses puedan ser afectados por la decisión judicial” (apartado 1º) y, en el apartado 2º, que la participación en el procedimiento debe garantizarse mediante “una información adecuada, preferentemente personal, cuando la cosa juzgada les afecte”.

La finalidad de la disposición del apartado 1º es legitimar la participación tanto de las contrapartes excluidas (contrapartes en sentido formal) como de las contrapartes en sentido sustancial, hasta incluir a las partes interesadas.

La intervención de terceros en el proceso debe considerarse una institución procesal esencial en el Derecho Procesal de muchos países. Permite la participación en el juicio de personas que no son partes necesarias y, por tanto, tiene por objeto ampliar el contradictorio. El reconocimiento de la posibilidad de intervención de un tercero permite evitar problemas relacionados con la posible lesividad de la sentencia frente a personas ajenas al proceso; en este sentido, la institución permite superar la limitación de la eficacia de la decisión judicial exclusivamente entre las partes necesarias.

La inclusión de la disposición en el apartado 2º en el contexto de las condiciones de admisibilidad del recurso tiene por objeto afirmar el principio de que, en caso de no notificar la demanda a todos los terceros que puedan estar interesados en el procedimiento a título diverso (la norma no distingue entre contrapartes y copartícipes), el juez podría declarar la inadmisibilidad del recurso.

CASSARINO, S., *Manuale di Diritto Procedurale Amministrativo*, Milano, 1990, ps. 197 y ss. Sobre el interés de las asociaciones de consumidores en la acción colectiva en virtud del artículo 1º del decreto legislativo 198/2009, Consejo de Estado, del 9-6-2011, N° 3512.

<sup>36</sup> Párrs. 2º y 3º comentados por D. U. GALETTA; párrs. 1º y 4º por S. D'ANCONA.

2. Sin embargo, en el seno del grupo de trabajo se discutió si debía mantenerse o no el principio según el cual, en caso de que el juez considere que otras personas deben intervenir en el proceso, puede ordenar su citación. Esto va en la línea de lo que actualmente se prevé no sólo en la VwGO alemana, sino también en el ordenamiento jurídico italiano, cuyo nuevo Código de Procedimiento Administrativo, aunque también prevé la necesidad de que el juicio se extienda a todas las partes necesarias, deja expresamente abierta la posibilidad de complementar el contradictorio por orden del juez<sup>37</sup>.

Esta opción interpretativa, que es sin duda la preferida, fue de hecho bastante frecuente en el grupo de trabajo del Código.

3. En el Derecho de la Unión Europea, el derecho a intervenir en los procedimientos se rige por el artículo 40 del Estatuto del Tribunal de Justicia, que establece que “los Estados miembros y las instituciones de la Unión podrán intervenir en los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia”, y que “el mismo derecho se aplicará a los órganos y organismos de la Unión y a cualquier otra persona si pueden acreditar un interés en el resultado del litigio sometido al Tribunal”. La disposición específica, sin embargo, dispone que “las personas físicas o jurídicas no podrán intervenir en casos entre Estados miembros, entre instituciones de la Unión o entre Estados miembros, por una parte, e instituciones de la Unión, por otra”<sup>38</sup>. Esto es para evitar una extensión excesiva a las intervenciones de cualquier tipo.

<sup>37</sup> De hecho, el artículo 27 del CPA establece que “si el proceso se inicia sólo contra algunas de las partes y no ha transcurrido el tiempo, el juez ordenará la integración del interrogatorio de las demás partes en un plazo perentorio”. El nuevo Código italiano del Proceso Administrativo prevé, pues, una hipótesis hasta ahora desconocida: la de la intervención *jussu judicis* (VIRGA, P., *Protección judicial contra la administración pública*, Giuffrè, Milán, 2003, p. 155). Véase también D’ORSOGNA, *Justicia administrativa* cit., p. 304; PICOZZA, E., *Proceso administrativo (normativo)*, en *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, Milán, 1987, ps. 463 y ss., en la parte 483, nota 11, nos recuerda que si bien en la famosa sentencia del Cons. Estado, sec. IV, del 17-1-78, N° 13, se acepta en principio la posibilidad de todas las formas de intervención previstas en el artículo 105 del Código de Procedimiento Civil, se limita a una declaración de principio que luego no se utiliza con respecto al caso concreto.

<sup>38</sup> El estatuto del TJUE está disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut\\_2008-09-25\\_17-39-11\\_713.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut_2008-09-25_17-39-11_713.pdf).

El artículo 40 especifica además: “La petición de intervención sólo podrá tener por objeto el apoyo a las pretensiones de una de las partes”.

Por lo que respecta a los demás sistemas jurídicos nacionales europeos de referencia, el artículo 63.3 del sistema jurídico alemán identifica al demandado como parte en el procedimiento. A continuación, dispone el artículo 65 de la VwGO que la citación se realiza de oficio o a petición del interesado y se refiere a las personas cuyos intereses jurídicos se ven afectados por la decisión. El apartado 2º de la disposición también prevé un caso de citación necesaria para los terceros que estén implicados hasta tal punto “que la sentencia sólo pueda dictarse contra ellos como una unidad”. Por último, los apartados 3º y 4º regulan el caso de una citación por orden judicial cuando ésta deba dirigirse a más de 50 personas. En cuanto a la posición jurídica de la persona citada, el artículo 66 de la VwGO establece que puede hacer valer de forma independiente los medios de ataque y defensa y realizar de forma efectiva todos los actos procesales. Sin embargo, en lo que respecta a las reclamaciones de fondo, sólo puede plantear reclamaciones divergentes si es el destinatario de una citación necesaria de conformidad con el artículo 65, apartado 2º, de la VwGO.

En el ordenamiento jurídico francés, el artículo R. 632-1 del *Code de Justice Administrative* regula la intervención voluntaria de un tercero, precisando, de forma muy lacónica, que se constituye mediante la presentación de un escrito separado. Por ello, la jurisprudencia ha precisado, en relación con el plazo de presentación del escrito de intervención, que éste sólo es admisible si se presenta en un plazo razonable antes del cierre de la instrucción<sup>39</sup>.

La misma norma del Código especifica también que “la sentencia sobre la cuestión principal planteada no puede retrasarse por razón de una intervención”. Esto permite excluir todas las intervenciones con fines meramente dilatorios.

Sobre la base de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, la doctrina del Derecho Procesal Administrativo ha distinguido además entre dos supuestos diferentes de intervención volun-

<sup>39</sup> CHAPUS, V. R., *Derecho Contencioso Administrativo*, 13ª ed., Montchrestien, París, 2008, ps. 777 y ss.

taria: la intervención accesoria y la intervención principal<sup>40</sup>. También identifica la hipótesis distinta de la intervención forzosa (*intervention forcée*), que es la ordenada por el juez cuando se dan circunstancias particulares<sup>41</sup>.

La norma ha sido modificada recientemente por el decreto 2020-1245 de 9 de octubre de 2020, artículo 8º, con el fin de tener en cuenta los requisitos vinculados a la digitalización del proceso. Por lo tanto, ahora se establece que las disposiciones del Capítulo IV del Título I del Libro IV, relativas a la transmisión de solicitudes por medios electrónicos, son aplicables a las intervenciones. Asimismo, se prevé que el presidente del Colegio del tribunal o el presidente de la Sala encargado de las diligencias de instrucción ordene, en su caso, que se dé traslado del escrito de intervención a las partes y que se fije el plazo para que éstas respondan.

Por último, en la legislación española, según el artículo 21 de la LJCA, también se consideran partes “las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados por la estimación de las pretensiones”.

4. En el ordenamiento jurídico italiano, en el pasado, la intervención de terceros se regía por el artículo 22, apartado 2º, de la ley TAR (L. 1034/71), que establecía que cualquier persona con interés en el litigio podía intervenir. La solicitud debía notificarse a las partes en sus respectivos domicilios elegidos y presentarse en la secretaría del tribunal en un plazo de 20 días.

La intervención es una de las instituciones procesales más problemáticas.

La doctrina y la jurisprudencia italianas han excluido, en general, una transposición automática de las normas procesales civiles (arts. 105, 106 y 107, CCP) al procedimiento administrativo sobre la base de la consideración de que el procedimiento administrativo es un proceso de recurso, destinado a obtener un pronunciamiento judicial sobre la legitimidad de un acto administrativo. Las diferencias estructurales y formales del juicio administrativo con respecto al juicio civil, que

<sup>40</sup> *Idem*, ps. 778 y ss.

<sup>41</sup> *Idem*, ps. 785 y ss.

por el contrario induce al juez a pronunciarse sobre una relación jurídica y no sobre la legitimidad de un acto, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a excluir no sólo la intervención principal, ante la imposibilidad de configurar jurídicamente un interés de un particular que sea a la vez incompatible tanto con la administración como con los demás particulares implicados en el ejercicio de la potestad administrativa, sino también el litisconsorcio, por temor a que la intervención ofrezca la oportunidad de eludir el principio de perentoriedad del plazo para recurrir<sup>42</sup>.

En este último caso, la jurisprudencia, ya vigente en el marco normativo anterior a la Ley de Procedimiento Administrativo de 2010, ha considerado admisible la intervención de la parte con legitimación primaria (el interesado) sólo si está aún dentro de los plazos y previa conversión del recurso de intervención por vía autónoma<sup>43</sup>; en cambio, en la vertiente pasiva, en la que no existen plazos perentorios para comparecer, se ha aceptado con mayor facilidad la conveniencia de la intervención del presunto interesado.

Por otra parte, el debate sobre la intervención del tercero se desarrolló al mismo nivel que el problema relativo a la definición de los llamados sujetos necesarios y de los posibles sujetos del procedimiento administrativo.

Algunos estudiosos habían observado que la actitud jurisprudencial había permitido, de hecho, la aceptación de un concepto excesivamente restringido de partes “necesarias” en el procedimiento<sup>44</sup>, considerando que tales partes eran, además del demandante y la administración demandada, exclusivamente las demás partes “a las que se refiere el acto” (arg. ex art. 21, L. TAR). Por otra parte, el legislador nacional había previsto que el recurrente principal tenía el deber de notificar la demanda en el plazo establecido por la ley, no sólo a la

<sup>42</sup> D’ORSOGNA, M. y FIGORILLI, F., *La fase de introducción*, en *Justicia administrativa*, F. G. Scoca, Giappichelli, 2011, p. 313.

<sup>43</sup> Cons. Estado, sec. VI, del 13-4-65, N° 257; sec. IV, del 2-7-69, N° 314. Véase D’ORSOGNA y FIGORILLI, ob. cit.; TRAVI, A., *Lecciones de justicia administrativa*, Giappichelli, 2010, ps. 227-228.

<sup>44</sup> Véase D’ORSOGNA y FIGORILLI, ob. cit., p. 312, sobre el cumplimiento del requisito formal de identificar a las partes necesarias en el procedimiento.



administración, sino también a, al menos, uno de los otros interesados (art. 21.c.1, L. TAR).

Tal definición contractual de las partes necesarias impedía incluir en el procedimiento, como litispendencia necesaria de la parte pasiva, a las contrapartes “sustanciales”, entre las que se encontraban ciertamente las implicadas en el procedimiento administrativo o, en todo caso, involucradas en el curso de la actuación administrativa que dio lugar al acto recurrido. La incertidumbre en la definición de las llamadas partes necesarias y posibles en el procedimiento también hacía inciertos los “límites” de la institución de la intervención en el anterior régimen normativo nacional, cuya definición se ha confiado con el tiempo a la labor de la doctrina<sup>45</sup>.

Hoy se puede considerar que el marco normativo ha cambiado un poco. En primer lugar, el artículo 41 del Código reproduce la norma ya contenida en la ley del TAR y, por tanto, exige que el recurrente notifique la demanda, también, a al menos uno de los interesados identificados en el acto.

Por ello, el artículo 28 del nuevo Código Administrativo italiano establece que “si el procedimiento no se ha iniciado contra ninguna de las partes contra las que se va a dictar sentencia, éstas podrán intervenir sin perjuicio de su derecho de defensa”. Cualquier persona que no sea parte en el procedimiento y que no esté inhabilitada para ejercer las acciones pertinentes, pero que tenga interés en ellas, podrá intervenir aceptando la fase y el grado en que se encuentre el procedimiento” (art. 28, *Intervención*, Código Administrativo, decreto legislativo 104/2010).

La norma actual resulta útil para definir con claridad el ámbito de aplicación del instituto de la intervención, previendo tanto la posibilidad de intervenir a los contrainterésados “formales” excluidos –contrainterésados que deberían haber sido citados, es decir, litigantes neces-

<sup>45</sup> La ausencia de normas sobre la intervención había comprometido a la doctrina a reconstruir la configurabilidad de la intervención del interesado preterido y la intervención adhesiva dependiente del interesado solidario. En este sentido, se ha afirmado que sólo se permite la intervención adhesiva voluntaria en el ordenamiento jurídico, ya que no es admisible ni la intervención principal ni la lítica (VIRGA, ob. cit.).

rios— como, en la segunda frase, de los concontrainterventores “sustanciales”, es decir, titulares de un interés que no han sido citados para intervenir en el procedimiento<sup>46</sup>. Por otra parte, la frase “no está impedido de ejercer las acciones pertinentes” sugiere que en el sistema actual está ciertamente abierta la posibilidad de una intervención autónoma del litisconsorte a la parte actora (cointeresado) que tenga un interés similar al del demandante, siempre que se realice dentro del plazo para demandar.

No obstante, en relación con este último aspecto, cabe señalar que la norma se ha interpretado de forma restrictiva, es decir, en el sentido de que la intervención sólo puede ser llevada a cabo por una persona que, no estando en condiciones de interponer una acción de forma independiente, tiene, sin embargo, una posición de hecho, dependiente o coligada con la situación invocada en la acción principal (la denominada intervención adhesiva-independiente). Esto excluiría, por tanto, la posibilidad de una posterior adhesión voluntaria de las partes con la denominada “parte cointeresada” (la llamada intervención autónoma/principal), es decir, la persona que tiene un interés personal y directo en impugnar el acto impugnado y que se le ha negado la posibilidad de hacerlo<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Por ejemplo, los que participaron en el procedimiento administrativo iniciado antes de que se dictara el acto impugnado. Sin embargo, la categoría formal de los intervinientes corresponde a una variedad de situaciones sustantivas y posiciones procesales. En primer lugar, se admite la participación en el procedimiento de quienes sufren los efectos del acto impugnado sólo de forma indirecta en virtud de una relación jurídica con una parte necesaria (piénsese en el caso de un inquilino respecto a un recurso del propietario contra una orden sindical que le obliga a realizar determinadas obras en el edificio alquilado). Se discute en este caso si basta un interés simple o un interés de hecho a efectos de la intervención: la doctrina ha señalado que en la mayoría de los casos la intervención sólo se admite tras la comprobación de la existencia de un interés jurídico (piénsese en la intervención del profesional en el procedimiento iniciado por su cliente contra la denegación de una solicitud de licencia de obras presentada en base a su propio proyecto). En estos casos la intervención se admite en forma de intervención adhesiva dependiente (TRAVI, ob. cit., ps. 228-299). Por otro lado, la intervención *ad opponendum* no cumple ninguna limitación particular, también por las ventajas que, como se verá enseguida, este instrumento podría aportar al sistema en cuanto a la deflación de las sentencias de apelación u oposición por parte de los sujetos que no han intervenido en el juicio.

<sup>47</sup> Tribunal Administrativo Regional de Milán, Lombardia, III, 12-4-2021, N° 922; Cons. Estado, sec. IV, 30-6-2020, N° 4134; sec. II, 4-1-2021, N° 105.

En cualquier caso, parece que, según una orientación coincidente, el acto de intervención (autónomo), si se notifica y presenta dentro de los plazos, puede convertirse en un acto de asunción de la acción por derecho propio<sup>48</sup>.

En definitiva, en el sistema nacional italiano, se puede afirmar que la institución de la intervención –así delineada– garantizaría también a los llamados *contrainteresados* “sustanciales”, que no son parte necesaria, su propia aportación útil a la dinámica del proceso, reduciendo, entre otras cosas, la posibilidad de posibles impugnaciones de la sentencia en primera instancia mediante el uso de instrumentos como el recurso de apelación (ahora previsto en el art. 102 del Código de Procedimiento Administrativo) y la impugnación de terceros ya es admitida ahora por la jurisprudencia, titulares de intereses sustanciales que no intervinieron en el procedimiento en primera instancia<sup>49</sup>.

**Art. 30 *Representación:***

- (1) **Las partes deben estar representadas o asistidas ante los tribunales por un abogado, salvo en los casos en que la ley decida lo contrario.**
- (2) **Las medidas cautelares pueden ser solicitadas por el interesado directamente.**
- (3) **Los entes y órganos públicos estarán representados por un profesional del derecho, aunque no sea abogado en ejercicio.**

**Art. 31 *Asistencia jurídica gratuita.* Para garantizar el derecho de cada persona al acceso a la justicia administrativa, deberá ser organizado un sistema de asistencia jurídica gratuita. Esta asistencia dependerá de los ingresos y cargas del interesado y del carácter no evidentemente inadmisibles de su demanda. La asistencia es decidida por un órgano independiente.**

<sup>48</sup> Cons. Estado, sec. III, 30-4-2014, N° 2280.

<sup>49</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-5-95, N° 177, ha supuesto la extensión al procedimiento administrativo del recurso de oposición de tercero, denominado “ordinario”, previsto en el artículo 404, ap. 1°, de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el sujeto cuyos derechos se vean afectados por una sentencia firme o, en todo caso, ejecutiva, dictada en un procedimiento en el que el propio sujeto no haya participado. Sobre este punto, véase Cons. Estado, sesión plenaria, 11-1-2007, N° 2.

## 1. Introducción

En las páginas que siguen, analizaremos las disposiciones que en materia de representación procesal y defensa jurídica gratuita contiene el Código Modelo.

La temática de la representación y defensa judicial de los derechos en la justicia administrativa, cuando se trata de los particulares, tiene un indudable anclaje en los derechos humanos y fundamentales.

En efecto, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia internacional, la garantía de la dignidad de la persona humana exige tratar al individuo, en todo momento, como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto y no simplemente como objeto de éste. De allí que el derecho a la defensa sea un componente central del debido proceso<sup>50</sup>.

Por eso, un correcto abordaje de esta temática, más allá de su carácter procesal, resulta esencial para garantizar el esencial derecho de toda persona de acceder a la justicia –administrativa, en el caso– y de poder ejercer en su marco el derecho de defensa de conformidad con las reglas del debido proceso.

Para nuestro análisis recurriremos no sólo a la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos –cuando ésta sea pertinente– sino, también, a la técnica comparatista del Derecho, tanto europeo como americano, para, así, poder contar con una visión de conjunto de las diferentes soluciones adoptadas en los distintos sistemas jurídicos nacionales y, consecuentemente, poder determinar cuál es el sistema o régimen que el Código Modelo ha adoptado en relación con cada instituto.

## 2. Postulación y representación procesal

### 2.1. General

Bien se ha señalado que para que una persona pueda comparecer

<sup>50</sup> Corte IDH, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 17-11-2009, Serie C, N° 206, párrafo 29; “Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 20-11-2014, Serie C, N° 288, párrafo 175; “Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 5-10-2015, Serie C, N° 303, párrafo 153, *inter alia*.

en un proceso y deducir peticiones ante el órgano jurisdiccional no basta que ostente la capacidad para ser parte y capacidad procesal y que esté legitimada. Es necesario que pueda, por sí, comparecer en el proceso, pedir al órgano jurisdiccional la tutela jurídica que solicita. A esta facultad se le da el nombre de *poder de postulación*<sup>51</sup>, que, en definitiva, se traduce en el poder de ejecutar personalmente todos los actos procesales inherentes a la calidad de parte<sup>52</sup>.

Así, tal *poder de postulación* constituye, en estricto rigor técnico, un *requisito procesal* de la pretensión procesal administrativa<sup>53</sup>. Esta calificación es reconocida, explícita o implícitamente, por la mayoría de los sistemas procesales administrativos tanto de la Europa continental<sup>54</sup> como de Iberoamérica<sup>55</sup>. En la medida en que tal recaudo no se vincula con la admisibilidad material del derecho que fundamenta la pretensión sino con la *calidad* del sujeto que la ejerce, constituye un requisito de *admisibilidad formal* de la misma<sup>56</sup>. De allí que, como principio, su presencia pueda ser analizada de oficio por el tribunal y, en caso de verificarse su ausencia, se admita su subsanación dentro de un plazo determinado<sup>57</sup>.

## 2.2. *Sistemas de postulación procesal*

En el Derecho Comparado se presentan dos sistemas diferentes de postulación procesal.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, t. II, ps. 240-241.

<sup>52</sup> PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. act. por Carlos Enrique Camps, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 949.

<sup>53</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo* cit., p. 241.

<sup>54</sup> En tal sentido, véase, GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., ps. 242 y ss.; *idem*, CHAPUS, René, *Droit du Contentieux Administratif*, 7ª ed., Montchrestien, Paris, 1998, p. 375.

<sup>55</sup> Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, ps. 124 y ss.

<sup>56</sup> Así, BROYETTE, Camille, *Contentieux Administratif*, 5ª ed., LDGJ, Paris, 2017-2018, p. 121.

<sup>57</sup> Al respecto, véase, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2003, ps. 616-617. En el ámbito iberoamericano así lo establece, entre otros, la legislación aplicable en los casos de Brasil, ley 13.105, art. 76; Argentina, ley 17.454, art. 57, y Uruguay, ley 15.982, art. 40.

El primer sistema concede el poder de postulación procesal *directamente a la parte legitimada*. Como bien se lo ha señalado, éste ha sido el sistema históricamente predominante en el Derecho Procesal de fuente continental europea<sup>58</sup>. Este sistema presenta la ventaja de habilitar la participación personal del afectado en el proceso sin tener que incurrir en costos y gastos adicionales que podrían dificultar su acceso a la jurisdicción.

Este sistema fue expresamente contemplado en el Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Profesor Jesús González Pérez, donde lisa y llanamente se establece que “las partes podrán comparecer por sí mismas en el proceso sin la asistencia de abogado”<sup>59</sup>. Asimismo, en líneas generales, es el actualmente vigente en algunos países iberoamericanos como Argentina, Uruguay, México y Perú, en los que el poder postulatorio le es reconocido a las partes cuando litigan por un derecho propio sin perjuicio de la facultad de hacerse representar por un tercero cuando tal representación no sea legalmente necesaria y de la obligación de ser asistidas por abogado<sup>60</sup>.

No obstante, ya desde la segunda mitad del siglo XX, y ante las complejidades que comenzaron a presentar los diversos sistemas procesales, especialmente, los administrativos, se consideró más conveniente, tanto para la eficaz defensa de las partes como para la normal marcha de los procesos, que no sean aquéllas quienes comparezcan personalmente, sino que lo hagan a través de profesionales en Derecho. En este sentido, por ejemplo, se ha invocado una supuesta *función profiláctica* que tales expertos en Derecho podrían desempeñar en el proceso, de modo tal que, por vía de su asesoramiento a la parte,

<sup>58</sup> Así, GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo* cit., p. 242.

<sup>59</sup> Artículo 14.1.

<sup>60</sup> Argentina, ley 17.454, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 40, al respecto, véase la opinión de PALACIO, *Derecho Procesal Civil* cit., p. 1003; Uruguay, ley 15.982, Código General del Proceso, arts. 1º y 32; ley 15.524, Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, art. 52 y la opinión de DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso administrativo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p. 30; México, Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, arts. 4º y 5º, segundo párrafo *a contrario sensu*; Perú, Código Procesal Civil, Texto Único Ordenado, art. 58.

decantaran *ex ante* aquellas pretensiones o defensas notoriamente ineficaces o improcedentes, colaborando, así, con el servicio de justicia<sup>61</sup>.

Así, en el Derecho Comparado, y como regla general, este sistema de postulación directa y personal habría quedado relegado a ser un régimen de excepción. De allí que, para que una parte pueda comparecer directa y personalmente sin asistencia o representación legal, suele exigirse que una norma expresa así lo habilite<sup>62</sup>.

No obstante, entre tales excepciones, en el Derecho Procesal Administrativo, se contemplan supuestos de relevancia.

Uno de ellos, expresamente contemplado en la legislación española, es la posibilidad de que los funcionarios públicos comparezcan por sí mismos ante el tribunal contencioso administrativo en defensa de sus derechos estatutarios cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles<sup>63</sup>. La legislación francesa contempla un supuesto similar<sup>64</sup>. Otra excepción que merece ser destacada es aquella prevista en la legislación alemana mediante la cual se habilita la participación personal y directa de la parte cuando ésta litigue ante el tribunal administrativo exclusivamente, rechazándose tal posibilidad cuando se trate de la Corte Federal Administrativa o del tribunal administrativo superior<sup>65</sup>. Por su parte, el régimen italiano habilita la participación directa de la parte ante el juez administrativo en materia de acceso a la información pública y en los litigios atinentes al régimen electoral y a la libre circulación

<sup>61</sup> En este sentido, CANO CAMPOS, Tomás, comentario al art. 23, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, edición especial del N° 100 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, p. 248.

<sup>62</sup> En Iberoamérica, tal es el caso, por ejemplo, de Brasil (ley 13.105 de 16-3-2015, *Código de Proceso Civil*, art. 103, segundo párrafo) y Colombia (ley 1437 de 2011, *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, art. 160).

<sup>63</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, art. 23, apartado 3°, reintroducido por la disposición final 4° de la ley 42/2015, de 5 de octubre.

<sup>64</sup> Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), art. R. 431-3, apartado 3°.

<sup>65</sup> Ley de la Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung –VwGO–*), art. 67, apartados 1° y 4°, respectivamente, texto en español incluido en ABERASTURY, Pedro (coord.), *Ley de la Justicia Administrativa alemana. Análisis comparado y traducción*, Konrad Adenauer Stiftung–Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 154.

en el espacio europeo<sup>66</sup>. También es relevante destacar que en Francia la participación directa y personal de la parte legitimada –amén del supuesto antes señalado– se admite en el recurso por exceso de poder, en los litigios fiscales, en aquellos vinculados a la seguridad social, en el contencioso electoral y en el de contravenciones de *grande voirie*<sup>67</sup>. Finalmente, es de notar que el régimen procesal español habilita a los litigantes a comparecer por sí mismos cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio<sup>68</sup>.

El segundo sistema –como se anticipó, prevalente en el Derecho Comparado– es aquel que confiere el poder de postulación *exclusivamente a técnicos en Derecho*<sup>69</sup>. Este sistema es, en definitiva, tributario de la histórica relevancia que ha tenido la profesión legal en la tradición europea, donde se considera al letrado un verdadero colaborador de la justicia<sup>70</sup>; existiendo, así, en palabras de Calamandrei, un verdadero *interés público* en la intervención de tales profesionales no sólo en beneficio de la parte sino en el del servicio de justicia en cuanto tal<sup>71</sup>.

Se ha señalado que dentro de este sistema se admiten dos variantes<sup>72</sup>:

a) Que se atribuyan a *personas distintas* las funciones de *representación* y de *defensa* de la parte.

Tal distinción, que se basa en la diferenciación histórica entre el

<sup>66</sup> *Codice Processo Amministrativo*, art. 23.

<sup>67</sup> Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), art. R. 431-3. Ello ha llevado a sostener que, en Francia, el proceso ante la justicia administrativa es, pues, poco oneroso, conf. RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, trad. de la 9ª ed. francesa, edición al cuidado de Carlos Antonio Agurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamani y Benigno Choque Cuenca, Olejnik, Buenos Aires, 2019, p. 268.

<sup>68</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, art. 23, inc. 2º.

<sup>69</sup> Así, GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo* cit., p. 243, y del mismo autor, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...* cit., p. 620, y *Derecho Procesal hispanoamericano* cit., p. 125.

<sup>70</sup> Al respecto, véase, FORSYTH, William, *The History of Lawyers. Ancient and Modern*, Estes & Lauriat, Boston, 1875.

<sup>71</sup> CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, traducción de la 1ª ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973, vol. II, p. 396.

<sup>72</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo* cit., p. 243, y del mismo autor, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...* cit., p. 620, y *Derecho Procesal hispanoamericano* cit., p. 125.



*procurator* y el *advocatus*, se remonta a los Derechos Romano y Canónico y se justificaría en la diversidad de funciones que existe entre actuar en juicio en *representación* de la parte (oficio propio del *procurator*) y de asistir a la parte en orden a exponer de palabra y por escrito sus razones, es decir, para esgrimir su *asistencia y defensa técnica* en sentido estricto (oficio propio del *advocatus*)<sup>73</sup>.

Este sistema es el que corresponde a los regímenes procesales español, inglés y francés, donde la representación procesal recae en el *procurador, solicitador y avoué*, y la labor de asistencia y defensa técnica en el *abogado, barrister y avocat*, respectivamente<sup>74</sup>. En Iberoamérica, la distinción funcional entre el procurador y el abogado está expresamente contemplada en los regímenes argentino y uruguayo, aun cuando éstos admiten, como se señaló antes, la postulación personal de la parte<sup>75</sup>.

Se ha señalado que el desdoblamiento de ambas funciones se justificaría en que su ejercicio simultáneo resulta perjudicial puesto que, de tener que ejercer la representación el abogado, éste desatendería su función primordial que es la asistencia y defensa de la parte<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código* cit., p. 410.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo* cit., p. 244, y del mismo autor, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...* cit., p. 620, y *Derecho Procesal hispanoamericano* cit., p. 126; CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código* cit., p. 410; PALACIO, *Derecho Procesal Civil* cit., p. 1002. En el caso inglés, la diferenciación entre los roles de *barrister* y *solicitor* obedecería, en especial, a las peculiaridades que tuvo la formación de los tribunales reales durante la Edad Media, conf. JAMES, Philip S., *Introduction to English Law*, 12ª ed., Butterworths, London, 1989, ps. 56-59; PALFREYMAN, David, *London's Inns of Court: History, Law, Customs and Modern Purpose*, Oracle Publishing UK Limited, London, 2011; GARRET, S., *Solicitors' Work and Environment*, en 1 *Cambridge Law Journal* 42 (1921), y POLLOCK, Edward y MAITLAND, Frederic William, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1898, vol. I, ps. 211-220.

<sup>75</sup> Argentina, ley 17.454, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, arts. 46, 47 y 56; ley 10.996, art. 1º; Uruguay, ley 15.982, Código General del Proceso, art. 37.1; ley 15.524, Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, art. 52.

<sup>76</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* cit., p. 620, y nota a pie de página 9. Calamandrei, con

b) Que se atribuyan a una *misma persona* ambas funciones.

Éste es el caso del Derecho alemán, donde el abogado (*Rechtsanwalt*) cumple, simultáneamente, las funciones de asesor o patrocinante y de representante o mandatario de la parte<sup>77</sup>. En la Ley de la Justicia Administrativa alemana esta circunstancia está contemplada expresamente cuando se trate de actuaciones ante la Corte Suprema Federal o ante el tribunal administrativo superior<sup>78</sup>. En el régimen italiano, esta solución es expresamente admitida cuando la representación es ejercida por un abogado habilitado<sup>79</sup>. En la legislación procesal administrativa española la acumulación de ambas funciones en una misma persona con título habilitante de abogado es admitida en actuaciones ante tribunales unipersonales<sup>80</sup>. En el régimen contencioso administrativo francés, cuando se trate de actuaciones ante el tribunal administrativo y se tratase de litigios de carácter pecuniario o relativos a la ejecución de un contrato administrativo, la representación debe recaer en un abogado, lo mismo que cuando se trate de la intervención ante las Cámaras de Apelación o cuando se trate de la intervención ante el Consejo de Estado, ya sea que este tribunal actúe como juez de primera o última instancia en función casatoria, en ambos casos salvo en los casos de recurso por exceso de poder y en las demás situaciones expresamente exceptuadas<sup>81</sup>.

En los regímenes iberoamericanos, la acumulación de funciones está expresamente contemplada en las legislaciones de Brasil<sup>82</sup>, Colombia<sup>83</sup>,

cita de Zanobini, sostenía que tal diferenciación culminaba en una suerte de degradación del rol del procurador, al colocarlo casi en un papel de mero gestor procesal, y en una elevación del rol del abogado, el que llega a ser el “jurisconsulto sabio y desapasionado en cuya sagacidad sabe el juez que puede confiar”, CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código* cit., p. 411.

<sup>77</sup> PALACIO, *Derecho Procesal Civil* cit., p. 1002.

<sup>78</sup> Ley de la Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung –VwGO–*), art. 67, apartado 4°.

<sup>79</sup> *Codice Processo Amministrativo*, art. 22, inc. 3°.

<sup>80</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, art. 23, apartado 1°, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* cit., p. 621.

<sup>81</sup> Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), arts. R. 431-2, R. 431-11, R. 432-1; BROYETTE, *Contentieux Administratif* cit., ps. 121-122.

<sup>82</sup> Ley 13.105 de 16-3-2015, *Código de Processo Civil*, art. 103.

<sup>83</sup> Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 160.

Costa Rica<sup>84</sup> y Perú<sup>85</sup>. En el caso de Argentina, aun cuando se establece la diferenciación funcional entre la representación y patrocinio judicial, se admite dicha acumulación en la figura del abogado habilitado<sup>86</sup>. En el régimen mexicano se faculta a las partes a autorizar por escrito a licenciado en Derecho para que a su nombre reciba notificaciones, quien, merced a dicha autorización, está habilitado a deducir promociones de trámite, rendir pruebas, presentar alegatos e interponer recursos en representación de la parte<sup>87</sup>.

Este sistema de unificación de roles tendría la ventaja de su simplificación y economía<sup>88</sup>.

La regulación contenida en el Código Modelo exige que las partes estén representadas o asistidas ante los tribunales por un abogado, salvo en los casos en los que la ley decida lo contrario.

Así, la norma en comentario tiene, por un lado, la ventaja de admitir que la postulación procesal sea ejercida por la parte de modo directo sin requerir, obligatoriamente, representación procesal, pero, en tal caso, la asistencia técnica se garantiza mediante la exigencia del patrocinio de abogado y, por otro lado, permite que voluntariamente se actúe por medio de un representante, en cuyo caso se exige que éste sea abogado. En definitiva, y salvo para el supuesto de solicitudes de medidas cautelares, donde se encuentra una similitud con el régimen español, siempre resulta exigible la actuación de un abogado, sea como representante o como patrocinante<sup>89</sup>.

Como puede observarse, si bien el Código Modelo se aparta del sistema contemplado en el Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Profesor Jesús González Pérez, donde —como ya se

<sup>84</sup> Ley 9342, Código Procesal Civil, art. 20.2.

<sup>85</sup> Código Procesal Civil, Texto Único Ordenado, art. 80.

<sup>86</sup> Ley 10.996, art. 3°.

<sup>87</sup> Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, art. 5°, último párrafo.

<sup>88</sup> CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código* cit., p. 411.

<sup>89</sup> Se sigue, así, la regla general en los sistemas iberoamericanos que exigen la asistencia de abogado; conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal hispanoamericano* cit., p. 127.

señaló— lisa y llanamente se habilita a las partes a comparecer por sí mismas en el proceso sin la asistencia de abogado, adopta, razonablemente, un *sistema intermedio* entre los dos modelos predominantes en el Derecho Comparado y que hemos descrito precedentemente. Así, en este aspecto, la solución adoptada encuentra mayor afinidad con los sistemas vigentes en países iberoamericanos como Argentina, Uruguay, México y Perú.

### 2.3. *Representación y asistencia procesal ante la justicia administrativa*

El Derecho Comparado presenta, en lo sustancial, dos modelos diferentes de representación procesal y asistencia ante la justicia administrativa.

#### a) *Representación diferenciada según la composición o jerarquía del tribunal interviniente*

Éste es el sistema predominante en los ordenamientos europeos.

En España existe una clara distinción según que el tribunal interviniente sea unipersonal o colegiado. En el caso de tribunales unipersonales la normativa permite a la parte optar entre (i) conferir su representación a un procurador, en cuyo caso deberá ser asistido por un abogado habilitado<sup>90</sup>, o bien (ii) otorgársela exclusivamente a un abogado, en cuyo caso asumirá las funciones de representación y defensa de la parte. En el caso de tribunales colegiados, resulta obligatorio que la parte comparezca representada por un procurador y que sea asistido por un abogado habilitado<sup>91</sup>.

En Francia, mientras que en actuaciones ante el tribunal administrativo que no involucren cuestiones patrimoniales o relativas a la ejecución de contratos administrativos la representación judicial a través de un abogado es facultativa<sup>92</sup>, cuando se trate de la intervención ante

<sup>90</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, art. 23, apartado 1º, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...* cit., ps. 621-623.

<sup>91</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, art. 23, apartado 1º, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...* cit., p. 624.

<sup>92</sup> Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), art. R. 431-2; BROYETTE, *Contentieux Administratif* cit., p. 121.

las Cortes de Apelación, resulta –como principio<sup>93</sup>– obligatoria la representación de un abogado<sup>94</sup> perteneciente a la Orden de Abogados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación<sup>95</sup>. Cuando se trate de la actuación ante el Consejo de Estado, ya sea que éste actúe de modo originario o como tribunal de última instancia en función de casación, la representación por medio de un abogado perteneciente a la Orden de Abogados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación también resulta obligatoria<sup>96</sup>.

En Alemania, mientras que en litigios ante el tribunal administrativo no se exige obligatoriamente la representación de las partes<sup>97</sup>, cuando se trata de actuaciones ante la Corte Federal o ante el tribunal administrativo superior, las partes deben ser representadas por un abogado o por un profesor de Derecho de una universidad alemana con habilitación para ser juez<sup>98</sup>.

En Italia, la representación por medio de abogado es imperativa cuando se litigue ante el tribunal administrativo regional, pero cuando se lo haga ante el Consejo de Estado resulta obligatoria la representación a través de abogado habilitado a actuar ante las cortes superiores<sup>99</sup>.

#### b) *Sistema uniforme de representación procesal*

Este sistema, a diferencia del anteriormente analizado, no impone

<sup>93</sup> Quedan excluidas de esta obligación las causas que involucren recursos por exceso de poder y demandas de ejecución de un pronunciamiento definitivo, Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), art. R. 431-11.

<sup>94</sup> Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), art. R. 431-11; BROYETTE, *Contentieux Administratif* cit., p. 122.

<sup>95</sup> Se trata de una orden de abogados independiente de la barra de la abogacía general y que congrega a los abogados exclusivamente habilitados para intervenir en causas que involucren casación jurídica ante el Consejo de Estado y la Corte de Casación, conf. *Decret N° 91-1125 du 28 de octubre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*.

<sup>96</sup> Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), arts. R. 432-1 y R. 77-10-7; BROYETTE, *Contentieux Administratif* cit., p. 122.

<sup>97</sup> Ley de la Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung –VwGO–*), art. 67, apartado 1°.

<sup>98</sup> Ley de la Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung –VwGO–*), art. 67, apartado 4° y su remisión a la primera parte del apartado 2°.

<sup>99</sup> *Codice Processo Amministrativo*, art. 22, incs. 1° y 2°, respectivamente.

diferenciación alguna en la representación y asistencia procesal según la naturaleza del tribunal interviniente. Sólo suele exigirse que el representante o abogado se encuentre profesionalmente habilitado para actuar en juicio. Es el sistema prevaleciente en los países iberoamericanos<sup>100</sup>.

La solución adoptada por el Código Modelo, en la medida en que se recurra a la representación procesal, se alinea con el último sistema mencionado.

#### 2.4. *La representación y defensa de la administración pública*

Las reglas que rigen la representación y defensa de la administración pública en los procesos contencioso-administrativos tienen un anclaje diferente a las que rigen tales aspectos cuando se trata de las personas privadas.

En efecto, tal como ya se lo ha señalado, en estos últimos casos, resulta indudable que tales reglas se asientan en normas *internacionales* que protegen y garantizan *derechos humanos* que encuentran su fundamento último en la *dignidad de la persona humana*<sup>101</sup>. No obstante, en el orden internacional, como es sabido, los Estados no son titulares de verdaderos *derechos humanos* sino, en todo caso, los obligados a brindar su protección y garantía<sup>102</sup>.

De allí, entonces, que la cuestión que se trata en este apartado sea una cuyo anclaje sólo puede encontrarse en los *derechos internos* de cada país, sea en normas de rango constitucional o de rango infraconstitucional según los casos. Así, en el Derecho Comparado –por ejemplo, en los Derechos español y alemán– se ha discutido hasta qué punto la administración pública, cuando se cuestiona su actuación como

<sup>100</sup> Argentina, ley 10.996; Brasil, ley 13.105 de 16-3-2015, *Código de Proceso Civil*, art. 103; Uruguay, ley 15.524, Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, art. 52; Costa Rica, ley 9342, Código Procesal Civil, art. 20.3.

<sup>101</sup> Sobre el particular, véase GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Prólogo de Antonio A. Cançado Trindade, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, en especial, Cap. I.

<sup>102</sup> Sobre el particular, véase GIALDINO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones* cit., en especial, Cap. VI.

poder público ante los tribunales, puede ser beneficiaria del llamado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>103</sup>.

Más allá de tal controversia, lo cierto es que el derecho a la representación y defensa de la administración constituye un derecho que deriva, cuando menos, de su condición de *parte* procesal en el litigio<sup>104</sup>, razón por la cual, los derechos de defensa y de debido proceso –que deben amparar a toda parte en condiciones igualitarias– exigen admitir un régimen adecuado de representación y defensa de los entes públicos. De allí, entonces, que esta cuestión haya sido objeto de regulación por parte de los diferentes Derechos nacionales.

Aclarado lo anterior, corresponde diferenciar entre lo que constituye la *defensa de la administración* en pleito y lo que corresponde a la *defensa de la legalidad*.

Históricamente, en el Derecho de raíz continental europeo, el interés del monarca en un pleito sobre lo que hoy llamaríamos cuestiones administrativas era identificado con el del Fisco, confiándose su defensa y representación al *patronus fisci*. Posteriormente, al considerarse que el proceso contencioso administrativo tenía como objeto la protección de la legalidad objetiva a la que debía someterse la administración, se asumía que al defenderse a esta última también se defendía el imperio de la legalidad; de allí que, entonces, se propugnara que sea el Ministerio Fiscal quien asumiera la defensa del Estado en el proceso<sup>105</sup>. Esta solución fue, por ejemplo, la que primó en el Derecho federal argentino de fines del siglo XIX y comienzos del XX, donde se atribuyó al Ministerio Público Fiscal, en cabeza del llamado agente o procurador

<sup>103</sup> Sobre esta cuestión en los Derechos español y alemán, véase, VELASCO CABALLERO, Francisco, *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 2003.

<sup>104</sup> Sobre la condición de parte procesal de la administración pública en los litigios contencioso-administrativos, véase GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo* cit., ps. 202-205, y, del mismo autor, *Las partes en el proceso administrativo*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 74, Madrid, 1997, y AGUILAR VALDEZ, Oscar R., *Las partes en el proceso administrativo*, en TAWIL, Guido S. (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 187-188.

<sup>105</sup> Sobre esta cuestión, véase, GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo* cit., ps. 187-190.

fiscal, “representar y defender la causa pública en todos los casos y asuntos en que su interés lo requiera”<sup>106</sup>.

No obstante, como bien se lo ha afirmado, esa solución partía de una inadmisibles confusión de funciones, puesto que una cosa es representar y defender los derechos de una *parte* en el proceso (en el caso, de la entidad pública) y otra, bien distinta, es la de velar por la legalidad objetiva y el orden público. La primera es, indudablemente, la tarea del abogado del Estado, mientras que la segunda, del Ministerio Fiscal<sup>107</sup>. En esta línea, la doctrina francesa ha sostenido que confiar a un mismo órgano la protección de dos intereses distintos (el de la vigencia de la ley y el del gobierno) lleva, inevitablemente, a la negación de uno o del otro, o, aun, a una representación insuficiente de cualquiera de ellos<sup>108</sup>. Por otra parte, internacionalmente, se exige que el Ministerio Público Fiscal goce de garantías de independencia e imparcialidad, con lo que difícilmente podría, válidamente, asumir la representación y defensa de una *parte* en el proceso<sup>109</sup>. Por tales razones, como principio general, los sistemas nacionales han diferenciado ambos roles atribuyéndoselos a órganos o personas diferenciadas<sup>110</sup>. Respecto de la defensa de la legalidad en el proceso contencioso administrativo, un caso especial se presenta en Uruguay, donde existe la figura del “procurador del Estado en lo contencioso administrativo”, órgano constitucional moldeado sobre la antigua figura del comisario de gobierno del régimen francés que, independiente en sus funciones,

<sup>106</sup> Ley 1893 (1886), art. 117, inc. 1º; ley 3952, de Demandas contra la Nación, cuyo artículo 3º disponía que “la demanda se comunicará por oficio al Poder Ejecutivo por conducto del Ministerio respectivo y al Procurador Fiscal, el cual deberá proceder previa consulta y con sujeción a las instrucciones que le transmita dicho Ministerio”.

<sup>107</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo* cit., ps. 187 y ss.

<sup>108</sup> RASSAT, Michéle Laure, *Le Ministère Public. Entre son passé et son avenir*, LGDJ, Paris, 1967, p. 250.

<sup>109</sup> Al respecto, para el ámbito iberoamericano, véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44, aprobado el 5-12-2013, ps. 17-20. En el caso argentino, la ley 24.496 en su artículo 27 expresamente excluyó de las funciones del Ministerio Público la representación del Estado y/o del Fisco en juicio.

<sup>110</sup> Sobre el particular, véase, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...* cit., ps. 638 y ss.



tiene como cometido esencial dictaminar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, estableciendo las conclusiones que considere arregladas a Derecho<sup>111</sup>.

En lo que hace a la representación de la administración en juicio, el Derecho Comparado presenta dos modelos básicos. Uno confiere –como principio– tal representación al titular del órgano, entidad o servicio administrativo parte en el pleito, mientras que el otro la confiere a un funcionario, cuerpo u órgano estatal especial, de carácter técnico-jurídico.

Al primer modelo adscriben, por ejemplo, el régimen francés<sup>112</sup> y, en Iberoamérica, el colombiano<sup>113</sup>. El sistema francés tiene, además, la peculiaridad de, expresamente, eximir al Estado, en todas las instancias, del llamado “ministerio de abogado”<sup>114</sup>. Por su parte, el sistema colombiano, a pesar de la representación orgánica que establece como principio general, admite que los abogados vinculados a las entidades públicas puedan representarlas en los procesos contencioso-administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo<sup>115</sup>.

Al segundo modelo adscriben, por ejemplo, los regímenes español, estadounidense, brasileño, mexicano y argentino.

En el régimen español, la representación y defensa de las administraciones públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como en las

<sup>111</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay, arts. 314 y 315; ley 15.524, art. 16; DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso administrativo* cit., p. 27, y DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo general*, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2013, vol. 2, ps. 340-341.

<sup>112</sup> Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), arts. R. 431-7, 431-9, 431-12 y 432-4; BROYETTE, *Contentieux Administratif* cit., p. 94.

<sup>113</sup> Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 159.

<sup>114</sup> Ver Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), arts. R. 431-7, 431-9, 431-12 y 432-4.

<sup>115</sup> Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 160, segundo párrafo.

normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas<sup>116</sup>.

En el régimen estadounidense, la representación judicial del gobierno, agencias o funcionarios federales se encuentra exclusivamente reservada a funcionarios del Departamento de Justicia bajo la dirección del *attorney general*<sup>117</sup>. Cuando se trate de intervenir ante la Corte Suprema Federal, la representación le corresponde al *solicitor general*. Cualquier agencia o funcionario del gobierno federal que, según la respectiva ley aplicable, pueda litigar por conducto de sus propios abogados, para poder presentar una moción de intervención ante la Corte Suprema requiere, inexcusablemente, la autorización del *solicitor general*<sup>118</sup>.

En Brasil, la Constitución Federal contempla a la *Abogacía General de la Unión*, órgano cuya cabeza es el *abogado general de la Unión*, que tiene entre sus funciones representar a la Unión judicial o extrajudicialmente. A su vez se contempla que la representación judicial de los Estados y del Distrito Federal corresponderá a los procuradores de tales unidades políticas<sup>119</sup>.

En México, la representación de las autoridades federales corresponde a las unidades administrativas encargadas de su defensa jurídica<sup>120</sup>.

En Argentina, salvo los casos en que por ley se autorice un régimen especial, el Estado nacional y sus entes descentralizados son representados y patrocinados ante los tribunales judiciales, y organismos jurisdiccionales y administrativos nacionales y locales, por letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado, dependientes de los servicios jurídicos de los respectivos ministerios, secretarías, reparti-

<sup>116</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, art. 24, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...* cit., ps. 645-660.

<sup>117</sup> 28 *United States Code*, parágrafo 516; SISK, Gregory C., *Litigation with the Federal Government. Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2000, ps. 3-25.

<sup>118</sup> 28 *Code of Federal Regulations*, parágrafo 0.20; 28 *United States Code*, párrafos 516 y 518.a; SISK, *Litigation with the Federal Government. Cases and Materials* cit., ps. 25-26.

<sup>119</sup> Constitución Federal, arts. 131 y 132, respectivamente.

<sup>120</sup> Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, art. 5º, tercer párrafo.

ciones o entes descentralizados. En el interior de la República, cuando el organismo interesado carezca en el lugar de los servicios referidos, la citada representación puede ser ejercida por delegados del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de la Procuración del Tesoro de la Nación y designados por el Poder Ejecutivo; en su defecto, la ejercerán letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de otros servicios jurídicos. Asimismo, cuando el Poder Ejecutivo lo estimare conveniente, la representación judicial estatal será ejercida por el procurador del Tesoro de la Nación<sup>121</sup>. Finalmente, cuando situaciones excepcionales o casos especiales lo hagan necesario, tal representación podrá ser ejercida por otros abogados contratados como servicio de asistencia al Cuerpo de Abogados del Estado, previo dictamen favorable del procurador del Tesoro de la Nación. En lo que hace a la representación judicial de las administraciones públicas provinciales, las constituciones y leyes locales contemplan que tal función sea desempeñada por los letrados integrantes de un órgano especial generalmente denominado Fiscalía de Estado<sup>122</sup>.

Otros sistemas nacionales presentan algunas características especiales dignas de ser aquí mencionadas.

Así, en el régimen inglés la representación y defensa de la Corona, sólo en ciertas causas de relevancia, se encuentra a cargo del *attorney general of England and Wales*, funcionario cuyo origen se remonta al siglo XIII, que suele ser un *barrister* admitido por alguna de las *Inns of Court* y que, si bien no tiene el cargo de ministro, dentro del gabinete su participación en él es, por convención, admitida<sup>123</sup>.

En Alemania, las autoridades administrativas y personas jurídicas de Derecho Público pueden ser representadas por sus propios empleados con habilitación para ser juez<sup>124</sup>.

Finalmente, en Uruguay la Ley Orgánica del Tribunal en lo Con-

<sup>121</sup> Ley 24.946, art. 66, también, ley 17.516, art. 1º, incs. a, y c.

<sup>122</sup> Sobre esta figura, véase, TRIBIÑO, Carlos R., *El Fiscal de Estado. La representación judicial del Estado y el control de la actividad administrativa*, Depalma, Buenos Aires, 2001.

<sup>123</sup> Disponible en <https://www.gov.uk/government/ministers/attorney-general>.

<sup>124</sup> Ley de la Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung –VwGO–*), art. 67, apartado 4º.

tencioso Administrativo admite que la autoridad demandada pueda hacerse representar o asesorar “por quien crea conveniente”<sup>125</sup>.

La solución adoptada por el Código Modelo en comentario, en tanto contempla que los entes y órganos públicos estarán representados por un profesional de Derecho, no se adscribe a ninguno de los dos modelos predominantes en el Derecho Comparado, sino que, con mayor liberalidad, sólo exige que el representante judicial de la administración sea abogado, es decir, un técnico en Derecho. Al no requerir que tal representante sea, a la vez, integrante de algún cuerpo oficial de representación judicial estatal, se aleja del segundo de los modelos reseñados –otorgamiento de la representación a funcionarios u órganos técnicos especializados en Derecho–, otorgándose, así, una mayor libertad a la administración para escoger, en cada caso, el abogado que entienda que mejor defenderá sus intereses.

A su vez, contiene la peculiaridad de que no se exige que tal representante sea un abogado en ejercicio. Esta última característica permite la participación de aquellos abogados que, por alguna razón, verbigracia, por integrar algún órgano estatal, ser profesor universitario, etcétera, según las legislaciones nacionales no tengan habilitado el ejercicio liberal de la profesión.

### **3. Asistencia jurídica gratuita**

El derecho a la asistencia jurídica –aun en procesos que no sean de naturaleza penal, tal como lo es el contencioso administrativo– encuentra su fundamento directo en el régimen internacional de derechos humanos.

En efecto, tal como lo anticipamos en la introducción de este comentario, la garantía de la dignidad de la persona humana exige tratar al individuo, en todo momento, como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto y no simplemente como objeto del mismo. De allí que el derecho a la defensa sea un componente central del debido proceso<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> Ley 15.524, Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, art. 53.

<sup>126</sup> Corte IDH, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas”.

Por tales razones, instrumentos internacionales han abordado el tema del derecho a la defensa o asistencia técnica como un elemento fundamental del debido proceso y de las garantías judiciales allí contempladas.

En el ámbito europeo el derecho de acceso a un órgano jurisdiccional (derivado del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos) debe ser *efectivo* para todas las personas, con independencia de sus medios económicos. Esto obliga a los Estados a adoptar medidas para garantizar la igualdad de acceso a los procesos, por ejemplo, estableciendo sistemas apropiados de asistencia jurídica gratuita<sup>127</sup>. No obstante, lo relevante es que el justiciable tenga una oportunidad *efectiva* de hacer valer sus derechos ante el tribunal<sup>128</sup>.

De allí que, en el régimen europeo de los derechos humanos, no exista obligación de prestar asistencia jurídica gratuita en todos los procesos donde se debatan derechos y obligaciones de naturaleza no penal<sup>129</sup>. No proporcionar asistencia letrada al demandante puede violar el artículo 6º del Convenio cuando dicha asistencia sea *indispensable* para el acceso efectivo a los órganos jurisdiccionales, ya sea por que la representación legal es obligatoria, ya por que el procedimiento aplicable a un caso es particularmente complejo<sup>130</sup>.

En lo relativo a la carencia de medios económicos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que no existe violación del Convenio si el demandante resulta excluido del sistema de asistencia

sentencia del 17-11-2009, Serie C, N° 206, párrafo 29; “Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 20-11-2014, Serie C, N° 288, párrafo 175; “Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 5-10-2015, Serie C, N° 303, párrafo 153, *inter alia*.

<sup>127</sup> Council of Europe, Committee of Ministers, *Resolution 78 (8) on Legal Aid and Advice*, 2-3-78.

<sup>128</sup> TEDH, “Caso A vs. Reino Unido”, 56547/00, sentencia del 17-12-2002, párrafo 97.

<sup>129</sup> TEDH, “Caso Airey vs. Irlanda”, 6289/73, sentencia del 9-10-79, párrafo 26; “Caso Del Sol vs. Francia”, 46800/99, sentencia del 26-2-2022, párrafo 20.

<sup>130</sup> TEDH, “Caso P. C. y S. vs. Reino Unido”, 56547/00, sentencia del 16-7-2002, párrafos 88-91.

jurídica gratuita por que sus ingresos superan los umbrales contemplados por la normativa que regula este servicio. No obstante, ello será así en la medida en que no se perjudique la esencia del derecho de acceso a la justicia<sup>131</sup>. Por otra parte, el Tribunal ha considerado que los Estados no están obligados a destinar fondos públicos para asegurar la igualdad total de armas entre la persona asistida y la contraparte, ello, claro está, siempre que cada parte disponga de una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no la sitúen sustancialmente en desventaja frente a su adversario<sup>132</sup>. También se ha considerado legítimo denegar la asistencia jurídica gratuita invocándose razones de fondo o, dicho en otras palabras, por que la pretensión no tiene perspectiva de éxito suficiente o por que la demanda es de naturaleza frívola o vejatoria<sup>133</sup>. No obstante, para evitar que se incurra en arbitrariedad, el sistema de asistencia jurídica gratuita debe establecer un mecanismo equitativo para seleccionar los casos susceptibles de beneficiarse con este servicio<sup>134</sup>. En definitiva, en el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las circunstancias concretas del caso son decisivas para determinar si negar la asistencia jurídica gratuita viola, o no, la garantía del artículo 6º del Convenio. Así, se resolvió que la obligatoriedad de la representación legal dependía, en lo sustancial, de si la parte podía presentar su caso debida y satisfactoriamente sin asistencia letrada<sup>135</sup>.

En el ámbito del Derecho comunitario, la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contempla, en su artículo 47, el derecho de toda persona, cuyos derechos y libertades están garantizados por el Derecho de la Unión, a hacerse aconsejar, defender

<sup>131</sup> TEDH, “Caso Glaser vs. Reino Unido”, 32346/96, sentencia del 19-9-2000, párrafo 99.

<sup>132</sup> TEDH, “Caso Steel y Morris vs. Reino Unido”, 68416/01, sentencia del 15-2-2005, párrafo 62.

<sup>133</sup> TEDH, “Caso Staroszczyk vs. Polonia”, 59519/00, sentencia del 22-3-2007, párrafo 129; “Caso Steel y Morris vs. Reino Unido”, 68416/01, sentencia del 15-2-2005, párrafo 62.

<sup>134</sup> TEDH, “Caso Gnahoré vs. Francia”, 40031/98, sentencia del 19-9-2000, párrafo 107.

<sup>135</sup> TEDH, “Caso McVicar vs. Reino Unido”, 46311/99, sentencia del 7-5-2002, párrafos 48-53.

y representar en juicio, así como a la asistencia jurídica gratuita para quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea *necesaria* para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. En este sentido, las explicaciones sobre la Carta confirman que el recurso a la asistencia jurídica gratuita procede cuando su ausencia pudiera hacer ineficaz la garantía de un recurso efectivo en los términos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>136</sup>.

Un caso de relevancia para la temática que analizamos es “DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft MbH vs. Bundesrepublik Deutschland”. En este caso DEB era una empresa proveedora de energía que pretendía demandar al Estado alemán por las consecuencias dañosas de haber retrasado la aplicación de dos directivas. Afirmaba, así, que debido a los daños sufridos carecía de recursos para abonar las tasas y aranceles judiciales, así como los honorarios del abogado al que obligatoriamente debía recurrir para la defensa de sus derechos. El tribunal alemán remitió el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Éste, teniendo en consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró que conceder la asistencia jurídica gratuita a una persona jurídica no era, como principio, imposible, pero, agregó, para ello debían valorarse las circunstancias del caso y la situación de la empresa. Así, sostuvo que para valorar las solicitudes de asistencia jurídica gratuita corresponde tomar en consideración varios elementos, entre ellos, los siguientes: (i) el objeto del litigio, (ii) la existencia de posibilidades razonables de que el demandante resulte victorioso en el proceso, (iii) la importancia que el proceso tiene para los derechos del actor, (iv) la complejidad del Derecho y procedimientos aplicables, (v) la capacidad del requirente de defender eficazmente su causa y (vi) si las costas procesales pueden representar un obstáculo insuperable para acceder a la justicia. Asimismo, y en lo específicamente relativo a las solicitudes presentadas por personas jurídicas, señaló que debía tenerse especialmente en cuenta: (i) la forma de organización de la persona jurídica en cuestión y

<sup>136</sup> Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 47, con expresa referencia a la jurisprudencia del TEDH en el “Caso Airey vs. Irlanda” cit.

si tiene, o no, ánimo de lucro, (ii) los recursos económicos de que disponen sus socios o accionistas y (iii) la posibilidad de que tales socios y accionistas puedan acceder a los fondos necesarios para ejercitar la acción<sup>137</sup>.

A nivel de Derecho derivado, existen directivas que regulan la asistencia jurídica gratuita en litigios transfronterizos y en materia de Derecho de asilo<sup>138</sup>.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra, en su artículo 8º, las llamadas “garantías judiciales”, aplicables en favor de las personas no sólo en materia penal sino, también, en aquellos procesos –incluso no judiciales– que tengan por objeto la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter<sup>139</sup>. En definitiva, éstas son garantías mínimas reconocidas a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos<sup>140</sup>. De allí que se haya entendido que cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8º de la Convención<sup>141</sup>.

Así, el artículo 8.2.d, de la citada Convención confiere al inculpado el derecho a ser asistido por un defensor de su elección. A pesar de

<sup>137</sup> TJUE, “Caso DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft MbH vs. Bundesrepublik Deutschland”, C-279/09, sentencia del 22-12-2010, párrafos 52-54 y 62.

<sup>138</sup> Directiva 2002/8/CE, de 27-1-2003 y Directiva 2005/85/CE, de 1-12-2005, respectivamente.

<sup>139</sup> Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de emergencia (arts. 27.2, 25.8, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-987 del 6-10-87, Serie A, Nº 9, párrafo 27, y “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 31-1-2001, Serie C, Nº 71, párrafo 69.

<sup>140</sup> Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 31-1-2001, Serie C, Nº 71, párrafos 69 y 70; “Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 24-10-2011, Serie C, Nº 251, párrafo 156.

<sup>141</sup> Corte IDH, “Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 28-11-2002, Serie C, Nº 97, párrafo 50.



que la norma refiere al *inculpado*, lo cierto es que la Corte ha establecido –de conformidad con lo referido en el párrafo anterior– que las garantías mínimas establecidas en el numeral 2º del artículo 8º se aplican, *mutatis mutandis*, en lo que corresponda, a otros órdenes distintos al penal, esto es, al civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter<sup>142</sup>. Por ello, en materia de procedimientos de índole no penal, la Corte ha señalado que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso<sup>143</sup>. Así, por ejemplo, en un caso se sostuvo que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público *gratuito* de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso<sup>144</sup>.

Adicionalmente, la Convención contempla en su artículo 8.2.e, el derecho de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado, o no, según la legislación interna. Sobre el particular, la Corte ha considerado que como la Convención no impone que la asistencia legal sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee sin costo alguno<sup>145</sup>. Asimismo, ha señalado que la

<sup>142</sup> Corte IDH, “Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo”, sentencia del 8-3-98, Serie C, Nº 37, párrafo 149; “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 31-1-2001, Serie C, Nº 71, párrafos 69 a 71; “Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 24-10-2011, Serie C, Nº 251, párrafo 157.

<sup>143</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC 11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, Nº 11 del 10-8-90, párrafo 28; “Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 23-11-2010, Serie C, Nº 218, párrafo 145.

<sup>144</sup> Corte IDH, “Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 23-11-2010, Serie C, Nº 218, párrafo 146. En igual sentido, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados de 17 de septiembre de 2003, Serie A, Nº 18, párrafo 126.

<sup>145</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC 11/90. Excepciones al agotamiento de los

posibilidad de que el individuo pueda recurrir a la asistencia jurídica brindada por organizaciones no gubernamentales no responde a las exigencias de una defensa técnica proporcionada por el Estado<sup>146</sup>. En definitiva, el criterio de la Corte en la materia es que el artículo 8° de la Convención exige asistencia legal solamente cuando ésta es *necesaria* para que se pueda hablar de “debidas garantías”. De allí que sea importante tener presentes las circunstancias de cada caso y de cada sistema legal particular<sup>147</sup>.

En lo que se refiere a la institución de la defensa pública, la Corte ha exigido que la misma sea llevada adelante por un órgano que, por un lado, goce de garantías de independencia respecto de otras funciones del Ministerio Público<sup>148</sup> y, por otro lado, sus integrantes tengan asegurada su autonomía funcional<sup>149</sup>. En este sentido, la Corte ha recordado que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha instado a los Estados a que adopten acciones tendientes a que los defensores públicos oficiales cuenten con presupuesto adecuado y gocen de independencia y autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria y técnica. También se señaló que, a criterio de la Asamblea General, tales medidas son apropiadas para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida<sup>150</sup>.

Por su parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la Asam-

recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, N° 11 del 10-8-90, párrafos 25 a 27.

<sup>146</sup> Corte IDH, “Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 23-11-2010, Serie C, N° 218, párrafos 137 y 146.

<sup>147</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC 11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, N° 11 del 10-8-90, párrafos 26 y 29.

<sup>148</sup> Corte IDH, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 17-11-2009, Serie C, N° 206, párrafo 63.

<sup>149</sup> “Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 5-10-2015, Serie C, N° 303, párrafo 157.

<sup>150</sup> “Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 5-10-2015, Serie C, N° 303, párrafo 159.

blea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Quito, Ecuador, en abril de 2018, expresamente destacan la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de las personas en condición de vulnerabilidad para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales y no sólo el penal, ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública o por medio de la creación de mecanismos de asistencia técnica jurídica, consultorías jurídicas con la participación de universidades, colegios de abogados, etcétera. Asimismo, se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. Promueve, también, que se lleven acciones tendientes a garantizar la gratuidad y confidencialidad de los servicios de asistencia y apoyo técnico-jurídico facilitados por las administraciones públicas a aquellas personas que se encuentren en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos<sup>151</sup>.

El Código Modelo impone, para garantizar el derecho de cada persona a la justicia administrativa, organizar un sistema de asistencia jurídica gratuita que dependerá de los ingresos y cargas del interesado y del carácter no evidentemente inadmisibles de su demanda.

Como puede observarse, el Código Modelo adopta, en parte, el sistema y criterios plasmados en la jurisprudencia internacional, especialmente, en la europea, adecuándose, asimismo, a las pautas consagradas, de modo general, por la jurisprudencia interamericana. No obstante, a diferencia de lo que surge de la jurisprudencia en cuestión, sólo se impone al Estado que *organice* dicho servicio de asistencia jurídica gratuita, no que dicho servicio sea *prestado* por el Estado.

Es importante destacar que, además, el Código Modelo impone que la asistencia sea decidida por un órgano *independiente*. Este requisito, de máxima importancia para asegurar el acceso imparcial al sistema y filtrar las peticiones notoriamente improcedentes, guarda semejanza con el régimen francés, donde la solicitud de asistencia debe ser solicitada a un órgano específico (*bureau d'aide*) compuesto por abogados, representantes de la administración y un usuario del sistema<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> Capítulo II, Sección 2ª.

<sup>152</sup> BROYETTE, *Contentieux Administratif* cit., p. 124.

**Art. 32 *Recurso administrativo previo*<sup>153</sup>:**

- (1) Como regla general el recurso administrativo previo es facultativo. Su interposición interrumpe el plazo para acceder a la jurisdicción administrativa.**
- (2) En los casos en que se exija el recurso administrativo previo, este requisito no será empleado para obstaculizar el acceso a la jurisdicción. La administración pública decidirá con celeridad, en un plazo que no debe exceder de un mes salvo causa justificada debidamente razonada. La ausencia de respuesta dentro de este plazo abre el acceso a la jurisdicción administrativa.**
- (3) El recurso administrativo previo no excluye la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa.**

1. La norma en comentario propone que, como regla general, el recurso administrativo contra las medidas administrativas constituya una condición opcional para la acción judicial.

Si bien define como regla general la no obligatoriedad del recurso administrativo, la norma establece, sin embargo, la posibilidad de prever hipótesis específicas de obligatoriedad del recurso administrativo a efectos del acceso a la tutela judicial, con la única limitación de que “se exija el recurso administrativo previo, este requisito no será empleado para obstaculizar el acceso a la jurisdicción”.

En todo caso, se establece que la presentación del recurso administrativo interrumpe el plazo de acceso a la jurisdicción administrativa, y que la administración pública está obligada a resolver el recurso administrativo con prontitud, en un plazo no superior a un mes, salvo que represente una causa justificada, debidamente motivada. Tras el vencimiento de este plazo, el silencio permite el acceso directo a la jurisdicción administrativa.

El último párrafo establece que el recurso administrativo puede acumularse a la solicitud de tutela cautelar ante el juez administrativo.

2. La disposición en comentario es una de las que más debate suscitó en el grupo de trabajo. Había quienes se mostraban claramente partidarios de prever el recurso administrativo previo como condición

<sup>153</sup> Párrs. 1º-3º por D. U. GALETTA; párr. 4º por S. D’ANCONA.

de actuación siempre y en todos los casos –en la línea de lo previsto por el legislador alemán de la VwGO–, y quienes, por el contrario, consideraban que la regla debía ser que el demandante debía ser libre de elegir si seguía o no la vía del recurso administrativo antes de iniciar una acción judicial.

La elección que hace el Código se sitúa, por tanto, en medio de estas dos opciones opuestas. Consiste, en efecto, en prever el supuesto (no especificado por la norma en cuestión, sino dejado a la normativa reglamentaria) en el cual, antes de iniciar la acción judicial, el ciudadano debe haber iniciado un procedimiento de impugnación administrativo de los actos impugnados. En este sentido, dicho procedimiento de impugnación es una condición necesaria y procesal para el recurso ante el juez administrativo.

Además de la obvia disposición, que el recurso administrativo interrumpe el plazo de acceso a la jurisdicción, la disposición del apartado 2º es especialmente destacable. De hecho, con el fin específico de mitigar los posibles efectos negativos de la obligatoriedad de un recurso administrativo previo, se establece que existe un determinado plazo breve (un mes), tras el cual se establece una hipótesis de silencio devolutivo a la jurisdicción.

La apertura a posibles hipótesis de la obligatoriedad de un recurso administrativo previo también se ve mitigada, en el último párrafo, por una disposición que es bastante importante ya que permite al titular del derecho de la acción solicitar, en todo caso, mientras se resuelve el recurso administrativo, la tutela cautelar al juez administrativo.

3. La problemática acerca del recurso administrativo previo sólo se aborda en la legislación de la UE en algunos reglamentos específicos, como el Reglamento sobre la marca comunitaria<sup>154</sup>. El Estatuto de los funcionarios de la UE también se ocupa (en el Título VII, *Recursos*) de los litigios relacionados con la función pública. A este respecto, en

<sup>154</sup> Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, del 26-2-2009, sobre la marca de la Unión Europea (versión consolidada), que regula el recurso previo ante las Salas de Recurso en los arts. 58 y ss. y especifica, en el art. 65.c.1, que “Contra las resoluciones de las Salas de Recurso podrá interponerse recurso ante el Tribunal General en materia de recursos”, disponible en <http://www.eurlex.eu>.

la versión actualmente en vigor, dicho Estatuto prevé (art. 91, apartado 2º) que sólo podrá ser admitido un recurso ante el Tribunal de Justicia:

- Si previamente se hubiere presentado reclamación ante la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 90, y dentro del plazo que en el mismo se prevé;
- si respecto de esta reclamación se hubiere adoptado una decisión denegatoria, ya sea explícita o implícita.

En lo que respecta a los sistemas nacionales europeos de referencia, en particular el artículo 68 de la VwGO alemana, se establece expresamente que, antes de interponer un recurso, es necesario un procedimiento preliminar en el que se reexamine el acto, tanto en lo que respecta a su legitimidad como a su idoneidad. El precepto codifica, por tanto –en sentido contrario a la opción del Código–, que el recurso administrativo previo es la regla, de la que sólo se puede hacer una excepción cuando una ley lo prevea expresamente. Se especifica además que no es necesario el recurso administrativo previo cuando el acto administrativo haya sido dictado por una autoridad superior de los *Länder* o del *Bund*, salvo que una ley lo prevea expresamente. La regla del recurso administrativo previo también se aplica –según el c.2– a la hipótesis de una acción de ejecución en caso de que la solicitud de adopción del acto administrativo haya sido rechazada.

En el Derecho francés, aunque la regla es que la revisión administrativa previa no es obligatoria, se trata de una regla que se encuentra sujeta a numerosas excepciones. Estas excepciones figuran tanto en las cláusulas contractuales relativas a los contratos públicos como en las disposiciones legislativas o reglamentarias. La ley de reforma del contencioso de 31 de diciembre de 1987, con el objetivo de aliviar a la justicia administrativa, también preveía numerosas excepciones. En cualquier caso, para la interpretación del alcance exacto de estas excepciones a la norma y su relevancia, es necesario recurrir a la jurisprudencia administrativa, que se ha pronunciado con frecuencia sobre cuestiones relacionadas con esta cuestión específica<sup>155</sup>.

<sup>155</sup> CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif* cit., ps. 403 y ss., y las amplias referencias doctrinales de las ps. 422 y ss. Para una evaluación crítica de la institución

Por último, en el Derecho español, la regla general es que los recursos en la vía administrativa son opcionales. La disciplina específica de los recursos administrativos está contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA al Título VII, Capítulo II, dedicado a los recursos administrativos).

4. Cabe señalar que en Italia el principio del recurso administrativo previo obligatorio estaba en vigor antes de la ley 1034 del 5 de diciembre de 1971, por la que se crearon los tribunales administrativos regionales (TAR). En ese sistema, la revisión jurisdiccional sólo se permitía contra el acto administrativo “definitivo”: es decir, era necesario que el interesado recurriera hasta el último nivel jerárquico antes de acudir al juez administrativo. Se exceptúan, por supuesto, los actos dictados por una autoridad del más alto nivel de la jerarquía administrativa (ministro) y los actos dictados por órganos no sujetos a jerarquía (órganos colegiados)<sup>156</sup>.

Posteriormente, el marco jurídico cambió, de modo que en el sistema actual el recurso contra un acto no definitivo no puede encontrarse subordinado a ningún obstáculo y el recurso jerárquico –que es facultativo– sólo es posible para una instancia (*in unica istanza*, véase el art. 1º del decreto presidencial 1199 de 24-11-71)<sup>157</sup>.

La superación del sistema de recurso administrativo previo en Italia fue consecuencia de la circunstancia de que este sistema parecía ser de dudosa compatibilidad con el marco constitucional. La obligación impuesta al ciudadano de interponer un recurso jerárquico –con exclusión del recurso directo ante el juez– se aparta, en efecto, de la disposición de la Constitución italiana que establece que la tutela ju-

del recurso administrativo previo, véase BONICHOT, J. C., *Le recours administratif préalable obligatoire: dinosaure juridique ou panacée administrative?*, en *Mélanges Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, ps. 81 y ss.

<sup>156</sup> FOLLIERI, E., *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2011, ps. 283/304.

<sup>157</sup> El recurso jerárquico previo surge, sin embargo, en virtud del artículo 8.c.1 del decreto presidencial 1199/71, como condición para poder interponer el recurso extraordinario ante el jefe del Estado que, en el ordenamiento jurídico italiano, es alternativo al recurso judicial ante el juez administrativo según el dictado del artículo 8.c.2 del citado decreto presidencial (sobre este punto, véase TAR Catania [Sicilia], sec. III, 21-9-2018, N° 1783).

dicial no puede limitarse a determinados medios de recurso o para determinadas categorías de actos –en este caso, los actos definitivos– (art. 113.2 de la Constitución).

En cuanto a la hipótesis del silencio devolutivo de la jurisdicción prevista en el apartado 2º de la norma en comentario, esta solución coincide con lo establecido por la legislación italiana en materia de recursos administrativos. El artículo 6º del decreto presidencial 1199/71 prevé una hipótesis de silencio negativo: en efecto, transcurridos noventa días desde su presentación sin que la administración haya adoptado una decisión, el recurso administrativo debe considerarse tácitamente rechazado<sup>158</sup>. En este sentido, la doctrina italiana ha concluido, de forma totalmente compartida, que el silencio producido sobre el recurso jerárquico no da lugar a una decisión tácita ficticia, pero produce efectos meramente procedimentales, en la medida que le permite al recurrente en vía jerárquica interponer inmediatamente un recurso judicial contra el acto inicial y no agota la facultad de la administración de resolver, aunque sea tardíamente, el recurso jerárquico<sup>159</sup>.

Sin embargo, según la jurisprudencia más reciente, la resolución tardía del recurso jerárquico no permite al particular que, entretanto, ha interpuesto un recurso contra el acto inicial, presentar motivos adicionales que completen el recurso inicial, ya que la resolución desestimatoria es un acto que se limita a confirmar el acto impugnado ante el tribunal<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione* cit., p. 32. Sobre el silencio de la administración sobre el recurso jerárquico, véase GARRONE, G. B., *Silenzio della p. a. (Voce) Dig. (Disc. Pubbl.)*, XIV, 1919.

<sup>159</sup> VIRGA, ob. cit., p. 32. Sobre la cuestión de la permanencia del poder de decisión en la alta dirección véase Consejo de Estado italiano, 24-2-2000, N° 983; Comm. Spec. del 5-2-2001, N° 479; TAR Milán (Lombardia), sec. III, del 17-2-2020, N° 311.

<sup>160</sup> TAR Catanzaro (Calabria), sec. I, del 11-3-2021, N° 528. El Consejo de Estado, en sentido uniforme, ha afirmado que en el recurso judicial contra una resolución adoptada a raíz de un recurso jerárquico, son inadmisibles nuevos motivos de impugnación que no hayan sido alegados en el citado foro contencioso-administrativo, salvo que no haya transcurrido el plazo para recurrir el acto original impugnado (Consejo de Estado, sec. VI, 19-11-2018, N° 6491). En términos diferentes, según una orientación ya más antigua, la decisión tardía reabría el plazo para interponer un recurso judicial y, por lo tanto, la no impugnación del acto tras la formación del



**Art. 33 *Solicitud previa a la Administración*<sup>161</sup>. Sin perjuicio de la solicitud de medidas cautelares, no se puede solicitar una condena de hacer, dar o pagar una cantidad sin haberlo previamente solicitado a la administración pública competente. El plazo para recurrir contra la denegación expresa o tácita es el establecido en el artículo 32, párrafo dos.**

1. La norma que se comenta impone una carga a quienes deseen interponer una acción de “condena” de “hacer” o “dar” o de “pagar una suma de dinero”. En estos casos, la parte interesada debe, antes de iniciar un proceso judicial, solicitar el cumplimiento de la administración pública.

En esencia, se trata de una especie de advertencia que, si no es notificada a la administración por el particular, hará que cualquier recurso que se interponga ante la autoridad jurisdiccional sea inadmisibile.

La disposición en cuestión define el alcance de las acciones que pueden presentarse ante el juez administrativo y las divide en tres tipos: condena de hacer, de dar o de pagar una determinada cantidad de dinero.

En cuanto a la condena de hacer, el Código reconoce, por tanto, que el juez tiene un poder de autorización con respecto a la administración.

En la primera parte, se mantiene el derecho del particular a solicitar al juez una medida cautelar para proteger los intereses que pudieran verse perjudicados a la espera de la respuesta de la administración a la notificación.

2. La *ratio* de incluir esta norma –como la anterior sobre el recurso administrativo previo– en esta parte del Código es que la notificación, al igual que el recurso administrativo, es un “prerrequisito” para la acción jurisdiccional. Sin embargo, a diferencia del interés de accionar, que es una condición sustancial a los fines procesales, es una condición “procesal” para el inicio de la tutela ante el juez administrativo. En

silencio desestimatorio no excluía el derecho a impugnar la decisión tardía ante los tribunales (Consejo de Estado, sec. VI, del 19-7-99, N° 971).

<sup>161</sup> Párrs. 2° y 3° por D. U. GALETTA; párrs. 1° y 4° por S. D’ANCONA.

este sentido, podría definirse como una condición de procedencia establecida por el legislador para determinados tipos de acciones.

Esta opción normativa –como la que impone para determinadas hipótesis no tipificadas por el legislador del Código, pero que se reserva a la actividad posterior del legislador, la presentación de un recurso administrativo– es representativa de la voluntad legislativa de limitar, en lo posible, el contencioso entre los ciudadanos y la administración pública.

En este sentido, el debate en el seno del grupo de trabajo se centró en las diferentes valoraciones expresadas sobre la idoneidad, en abstracto y en concreto, de estos instrumentos para producir un efecto que disminuya los litigios.

El punto más discutido fue, sin embargo, el de la compatibilidad de tales disposiciones con la necesidad de no limitar, aunque sea indirectamente, el acceso a la justicia, mediante disposiciones que tienen el efecto, al menos potencial, de prolongar el tiempo de resolución de los litigios entre los ciudadanos y la administración pública.

3. El problema del reclamo previo a la administración se refleja en el Derecho de la Unión Europea –aunque en términos mucho más generales que los específicamente previstos en el Código– en la previsión contenida en el artículo 265.2, del TFUE, que regula los recursos por omisión. Allí se especifica: “Este recurso solamente será admisible si la institución, órgano u organismo de que se trate hubieren sido requeridos previamente para que actúen. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución, órgano u organismo no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses”.

En lo que respecta, en cambio, a los sistemas nacionales europeos de referencia, en el Derecho alemán el punto de referencia es el artículo 75, VwGO, que prevé la posibilidad de interponer un recurso en caso de demora de la administración, que debe ir precedido de una oposición o de una solicitud de dictado de un acto administrativo. Con relación a esto último, normalmente debe transcurrir un plazo de tres meses antes de poder interponer una acción por omisión ante el Tribunal (salvo que, según la norma, circunstancias especiales exijan un plazo más breve).

En los sistemas francés y español, donde se conoce la llamada

“decisión tácita”<sup>162</sup>, las normas de referencia son, respectivamente, el artículo R. 421-1, CJA<sup>163</sup>, y el artículo 29, LJCA<sup>164</sup>.

4. No existe una disposición similar en el sistema procesal italiano. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo (recientemente adoptado por el decreto legislativo 104/2010) prevé dos tipos de acciones: la acción constitutiva (típicamente la acción de anulación del acto impugnado) y la acción de condena genérica<sup>165</sup>.

En referencia a esta última, el artículo 30 del Código de Procedimiento Administrativo (decreto legislativo 104/2010) se refiere exclusivamente a la condena de pago<sup>166</sup>, sin incluir la posibilidad de que el requerimiento se refiera a un acto (más concretamente, por ejemplo, la adopción de una medida concreta). Sin embargo, tras un largo debate, la jurisprudencia ha intervenido en la cuestión, remitiéndose tam-

<sup>162</sup> Para el Derecho francés, véase ahora, en particular, el art. L. 231-1 del Código de Relaciones entre el Público y la Administración, según el cual: “El silencio guardado durante dos meses por la administración sobre una solicitud vale como decisión de aceptación”. La lista de procedimientos en los que el silencio mantenido sobre una solicitud equivale a una decisión de aceptación se publicará en la página web Legifrance.gouv.fr (arts. L. 231-2 y L. 231-3).

<sup>163</sup> “Sólo se puede acudir al tribunal por vía de recurso contra una decisión en un plazo de dos meses a partir de la notificación o publicación de la decisión impugnada”.

<sup>164</sup> GÓMEZ PUENTE, V. M., *La inactividad de la administración*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2002.

<sup>165</sup> Según la jurisprudencia, existe otro tipo de acción “atípica”, la de constatación, que sin embargo no está prevista en el Código del Proceso Administrativo italiano (Consejo de Estado, plenario del 29-7-2011, N° 15; Consejo de Estado, sec. IV, 7-1-2019, N° 113).

<sup>166</sup> En Italia, esta cuestión fue muy debatida y dio lugar a considerables contrastes antes de que se publicaran las normas del nuevo Código de Procedimiento Administrativo. La ley delegada indicaba, de hecho, que uno de los criterios rectores de la medida de saneamiento era regular la actuación y las funciones del juez previendo resoluciones declarativas, constitutivas y condenatorias capaces de satisfacer la pretensión de la parte vencedora. El Proyecto de Código elaborado por la Comisión de Estudio respondía a este planteamiento y preveía –junto a una acción de condena en sentido estricto, que se refería al pago de sumas de dinero y a un acto de comportamiento por parte de la autoridad pública– una acción de cumplimiento similar a una acción de daños y perjuicios –una acción de rendimiento similar a la que se refiere el artículo en cuestión, que se refería a la medida–. En el texto aprobado y enviado a las comisiones parlamentarias por el gobierno, sin embargo, sólo se ha mantenido la acción de condena genérica, mientras que la acción de actuación ha desaparecido.

bién a otras disposiciones del Código, reconociendo que el particular puede también obtener la condena de hacer en contra de la administración. En este sentido, la acción de condena puede estar dirigida, por ejemplo, a obtener la adopción del acto administrativo solicitado<sup>167</sup>.

En esta última categoría entra seguramente la acción especial prevista en el Código contra el silencio por incumplimiento. En este contexto, el particular solicita que el tribunal ordene a la administración que adopte una medida una vez que haya comprobado que la administración ha incumplido su obligación de concluir un procedimiento (arts. 34.b, y 117 del Código)<sup>168</sup>.

A diferencia de la disposición del Código, el legislador italiano no ha previsto, como condición de admisibilidad del procedimiento, que el particular deba notificar a la administración un requerimiento de cumplimiento.

En este punto, la jurisprudencia, expresándose en referencia a la acción contra el silencio, ha afirmado que una vez transcurridos los plazos de actuación, el requirente se encuentra legitimado para recurrir inmediatamente por silencio de la administración, sin necesidad de realizar un requerimiento u otros trámites procesales previos<sup>169</sup>.

**Art. 34 Plazo<sup>170</sup>:**

- (1) En caso de impugnación de un reglamento la demanda debe interponerse dentro del plazo de tres meses a partir de su publicación, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 20.**
- (2) En caso de impugnación de un acto administrativo individual la demanda debe interponerse dentro del plazo de dos meses**

<sup>167</sup> Véase Consejo de Estado, plenario del 23-3-2011, N° 3, donde se sostuvo que la acción de cumplimiento puede deducirse de las disposiciones combinadas de los artículos 30.1 y 34.1.c, del Código. En la doctrina sobre este punto, véase SICA, M., *Cenni di Giustizia Amministrativa*, en GRECO, G., *Argomenti di Diritto Amministrativo*, Milano, 2021, p. 465.

<sup>168</sup> Cabe señalar que, en virtud de la ley general de procedimientos (L. 241/1990), el artículo 2° del legislador italiano establecía que la administración debía concluir el procedimiento mediante la adopción de un acto expreso.

<sup>169</sup> Consejo de Estado, sec. III, del 20-4-2015, N° 1989; cfr. Consejo de Estado, sec. V, del 9-10-2013, N° 4968.

<sup>170</sup> Párrs. 2° y 3° por D. U. GALETTA; párrs. 1° y 4° por S. D'ANCONA.

---

**a partir de la notificación del acto. Se deberán indicar las vías y plazo de la demanda. Si no lo indicase, el plazo será de un año.**

1. La disposición en comentario distingue entre los plazos de impugnación del “acto reglamentario” y los plazos de impugnación del “acto administrativo individual”.

Básicamente, en el primer caso el particular tiene el deber de presentar un recurso, bajo pena de inadmisibilidad del mismo, en un plazo de tres meses desde la publicación del acto, mientras que en el segundo caso en un mes desde la notificación del acto.

También es muy importante la disposición contenida en el segundo párrafo del inciso 2º, que prevé expresamente la obligación de indicar, en el acto individual, el medio y el plazo para su recurso, especificando que, en ausencia de tal indicación, el plazo para recurrir será de un año en lugar de un mes.

2. La norma en cuestión se incluye conceptualmente entre las condiciones “procesales” para considerar la admisibilidad del control jurisdiccional. Ésta es, por tanto, la razón de su inclusión en esta parte del Código.

Si bien hubo un amplio consenso en el grupo de trabajo sobre la necesidad de establecer plazos para los recursos, fue más controvertida la cuestión de si sería conveniente o no introducir una regulación diferente del plazo en virtud de la naturaleza sustantiva del acto impugnado. De hecho, varios integrantes han señalado que la decisión de diferenciar entre los plazos de impugnación del “acto reglamentario” y del “acto administrativo individual” conlleva el riesgo de discriminar entre situaciones jurídicas subjetivas que pueden ser similares en la práctica. A ello se añade la incertidumbre derivada del hecho de que, en relación con una institución procesal como el plazo para recurrir, se ha hecho referencia a conceptos de Derecho sustantivo respecto de los cuales no hay falta de incertidumbre. Esta elección de la redacción podría, de hecho, hacer que la aplicación de la norma sea incierta y excesivamente compleja, dejando al intérprete con una carga quizás excesiva<sup>171</sup>.

<sup>171</sup> La doctrina italiana ha señalado, por ejemplo, que, dentro del ordenamiento

Por otro lado, hay que dar especial importancia a la disposición del segundo párrafo del inciso 2º, que se refiere a la obligación de indicar en el acto individual los medios y el plazo para impugnarlo. El hecho de haber vinculado a la ausencia de la citada comunicación la importante consecuencia de la ampliación (a un año) del plazo para interponer el recurso contra el acto tiene el significado específico de resaltar el valor sustancial y no meramente formal que los redactores del Código quisieron atribuir a esta obligación.

3. Establece expresamente un plazo para interponer el recurso en el artículo 263 del TFUE al disponer que “el procedimiento previsto en el presente artículo se iniciará en un plazo de dos meses a partir de la publicación del acto, o de su notificación al solicitante, o, en su defecto, del día en que el solicitante haya tenido conocimiento del mismo, según el caso”.

Según la jurisprudencia reiterada de la Corte de Justicia, “la aplicación estricta de las normas comunitarias sobre plazos procesales responde a la exigencia de seguridad jurídica y a la necesidad de evitar toda discriminación o trato arbitrario en la administración de justicia”<sup>172</sup>.

Por otra parte, los sistemas nacionales europeos de referencia, como el artículo 74 de la VwGO alemana, establecen, al igual que el Código, un plazo límite general de un mes para presentar una demanda ante el tribunal.

jurídico, hay actos que no pueden calificarse ni como actos reglamentarios ni como actos administrativos individuales. Por ejemplo, se ha señalado muy autorizadamente que “la jurisprudencia reconoce el carácter de medidas administrativas generales a los planes territoriales, por tanto eficaces *erga omnes*” (GIANNINI, M. S., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 624). Para una revisión de la actividad administrativa que da lugar a actos no adscribibles al concepto de “acto administrativo”, véase CAVALLO, B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, en SANTANIELLO, G., *Trattato di Diritto Amministrativo*, Cedam, Padova, 1993, p. 8.

<sup>172</sup> Véase Tribunal de Justicia, sentencia del 12-7-84, en la causa 209/83, “Ferriera Valsabbia”, punto 14 de los fundamentos, disponible en <http://www.eurlex.eu>. En la misma sentencia, el Tribunal precisó que “los plazos de recurso ante el Tribunal de Justicia están comprendidos exclusivamente en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y, por tanto, no están sujetos a las normas internas de los Estados miembros relativas a los plazos de recurso ante sus tribunales” (punto 12 de los fundamentos).

Sin embargo, en el Derecho francés, en cambio, el plazo límite general es más largo. Según el artículo R. 421-1 del CJA, el plazo es de dos meses y corre a partir de la notificación o publicación de la resolución impugnada. No obstante, esta disposición no afecta los plazos límites especiales que puedan establecerse mediante normas particulares, como se especifica expresamente en el artículo R. 421-4 del CJA.

Asimismo, en la legislación española, el plazo general para interponer un recurso ante el juez administrativo es de dos meses, de acuerdo con el artículo 46, LJCA, que también especifica los métodos para calcular el punto de partida del plazo.

En cuanto a la disposición del segundo párrafo del inciso 2º del Código aquí comentado, se basa en parte en la disposición del artículo R. 421-5 del Código de Justicia Administrativo francés<sup>173</sup>, pero no tiene las mismas consecuencias. Aunque la disposición del Código francés vincula la falta de mención del plazo y de los recursos a la inaplicación del plazo, el Código se limita a prever la ampliación de dicho plazo a un año. Aunque no acoge, por tanto, la elección del legislador francés *tout court*, que contrasta con el debilitamiento que se está produciendo en los demás sistemas nacionales de referencia –de las normas relativas a la forma, el procedimiento y el contenido de los actos–.

4. La distinción del plazo para recurrir en función del objeto del recurso es desconocida en la legislación italiana, donde, por el contrario, el plazo para recurrir es de sesenta días indistintamente, salvo disposiciones especiales (art. 29 del decreto legislativo 104/2010, Código del Proceso Administrativo). En algunos casos –contratación pública, acceso y elecciones (arts. 120, 117 y 129 del Código)– el plazo se abrevia.

En este sentido, el legislador nacional ha trazado un sistema uniforme de plazos para los recursos, derogando el mismo sólo en caso de que existan razones para acelerar el litigio. Por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública, era necesario concluir rápidamente los li-

<sup>173</sup> Artículo R. 421-5: “Los plazos para recurrir una decisión administrativa sólo son ejecutables si se mencionan, junto con las vías de recurso, en la notificación de la decisión”.

tigios, para que la realización de las obras públicas no fuera objeto de recursos por parte de las personas que habían participado en la licitación que no habían resultado adjudicatarias<sup>174</sup>.

En Italia, la elección de un régimen diferente para regular el plazo –distinguiendo, como se ha hecho en el Código, entre el caso de impugnación de un “acto reglamentario” y el de impugnación de un “acto administrativo individual”– habría corrido el riesgo de ser reprochado por contraste con el artículo 113, apartado 2º, de la Constitución italiana. De hecho, esta disposición obliga al legislador a no limitar los medios de tutela para determinadas categorías de actos.

Por último, en lo que respecta a la disposición del Código en comentario, según el cual el acto debe indicar los medios y el plazo para recurrir y que, si no hay tal indicación, el plazo es de un año, no existe ninguna disposición similar en el ordenamiento jurídico italiano. A pesar de que el artículo 3.4 de la ley 241/90 de procedimiento administrativo prevé expresamente, en la norma de motivación, que “todo escrito notificado al destinatario deberá indicar el plazo y la autoridad ante la que puede recurrir”, no vincula ninguna consecuencia a la esencia de esta indicación. Sin embargo, la jurisprudencia ha intervenido en este punto y, con el fin de garantizar a los particulares, ha desarrollado la institución de la *rimessione in termini* (dispensa de plazo).

<sup>174</sup> Sin embargo, cabe señalar que en el caso de los contratos y las concesiones, el *dies a quo* a partir del cual empieza a correr el plazo es incierto debido a la ambigua redacción del artículo 120 del Código. De hecho, la disposición supedita el vencimiento de este plazo a las obligaciones que prescribía para la administración el Código de Contratos Públicos anterior al actual y que ya no están previstas en éste (se hace referencia a la notificación de la adjudicación). Debido a la ambigüedad mencionada, el Tribunal Administrativo Regional de Puglia Lecce planteó recientemente la cuestión de la constitucionalidad del artículo 120 del Código (Tribunal Administrativo Regional de Puglia Lecce, Orden N° 297 del 2-3-2020). El Consejo de Estado, por su parte, ha manifestado que el *dies a quo* comenzaría, con independencia de la deficiencia legal mencionada, a partir de la publicación general del pliego de condiciones, por lo que no sería necesaria ninguna comunicación personal (Consejo de Estado, sec. V, del 2-3-2021, N° 1783).

Sobre este tema, en la doctrina, SANDULLI, M. A., *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del CPA: tra progresso e involuzione*, en *Dir. Proc. Amm.*, N° 1/2021, ps. 193 y ss.



En este sentido, se ha afirmado que la falta de indicación de la autoridad administrativa y judicial ante la que debe interponerse el recurso y del plazo correspondiente puede dar lugar, tras valorar las circunstancias del caso concreto<sup>175</sup>, a que el juez conceda el beneficio de la ampliación de plazos a efectos del recurso<sup>176</sup>.

Esto permite al juez hacer una valoración caso por caso, comparando, respectivamente, el interés de los particulares y el de la administración pública.

La elección realizada por el legislador del Código parece, en este sentido, más rígida respecto a la administración, ya que otorga al particular, en todo caso, un plazo muy amplio para recurrir en todos los casos de omisión por parte de la administración de los datos exigidos por la norma.

<sup>175</sup> La falta de indicación en el acto administrativo del plazo para interponer el recurso y del órgano ante el que debe presentarse puede constituir el fundamento de un error excusable en el procedimiento, “siempre que en cada caso concreto exista una incertidumbre justificada sobre los medios de tutela de que dispone el destinatario del acto”. Así, TAR Roma Lazio, sec. II, del 4-5-2005, N° 3369. Sobre la necesidad de una evaluación concreta y de la no automaticidad de la remisión en términos, recientemente, TAR Lombardía Brescia, sec. I, del 2-2-2017, N° 148.

<sup>176</sup> Sobre el carácter excepcional de la remisión en los términos véase TAR Lombardía Milán, sec. III, del 11-4-2016, N° 687, que remite al Consejo de Estado; sec. V, del 25-7-2014, N° 3964; TAR Toscana, sec. III, del 5-4-2016, N° 578. Véase también TAR Napoli Campania, sec. VIII, del 22-6-2010, N° 15532; TAR Roma Lazio, sec. II, del 10-5-2010, N° 10580.



### CAPÍTULO 3

## CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN\*

**Art. 35** *Principio.* El Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, en la medida en que puedan disponer del objeto de la conciliación.

**Art. 36** *Procedimiento.* El presidente del tribunal o el magistrado por él designado puede, una vez formulada la demanda y siempre que no sea manifiestamente inadmisibile, respetando el carácter contradictorio del proceso, realizar cualquier diligencia que permita la conclusión de un acuerdo entre las partes.

**Art. 37** *Homologación del acuerdo y vías de recurso:*

- (1) Siempre que lo acordado no fuera contrario al ordenamiento jurídico ni manifiestamente lesivo del interés público o de terceros, el tribunal homologará el acuerdo y dictará auto declarando concluido el proceso sobre los puntos del acuerdo.
- (2) La decisión de homologación citada en el párrafo precedente tiene la misma autoridad que las sentencias del tribunal. Los terceros lesionados por el acuerdo que no fuesen parte en el procedimiento pueden recurrir contra la decisión de homologación dentro de un plazo de dos meses, ante el mismo tribunal.
- (3) Las medidas de ejecución previstas por los artículos 57 a 59 del presente Código le son aplicables.

**Art. 38** *Homologación del acuerdo extrajudicial:*

- (1) El tribunal puede también, bajo las mismas condiciones del primer párrafo del artículo anterior, homologar el acuerdo con el cual las partes pongan fin a una controversia nacida

\* Arts. 35 a 39 comentados por SANTIAGO J. GARCÍA MIRA.

Agradezco especialmente la gentil invitación de los profesores Aberastury y Perlingeiro a colaborar en esta magnífica obra, que será, indudablemente, de enorme aporte al desarrollo del Derecho Administrativo Internacional.

o por nacer, celebrado antes o durante la instancia judicial pero sin la intervención del tribunal, cada vez que su ejecución encuentre dificultades particulares.

- (2) Los terceros lesionados por el acuerdo pueden recurrir la decisión de homologación en las condiciones del párrafo segundo del artículo precedente.
- (3) El párrafo tercero del artículo precedente es aplicable a la homologación del acuerdo no judicial.

**Art. 39 Mediación:**

- (1) Las partes tendrán la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación para resolver la controversia. El mediador no deberá ser el juez de la causa y deberá estar cualificado para el cumplimiento de esa función. Podrá no pertenecer al poder judicial. La mediación sólo suspenderá el proceso si las partes lo solicitan, las cuales siempre podrán requerir la reanudación del proceso.
- (2) El tribunal homologará el acuerdo alcanzado a través de la mediación en los términos señalados en el artículo 37.

## **1. Introducción**

En el capítulo en comentario el Código se ocupa de aquello habitualmente conocido como modos anormales de terminación del proceso, incluyendo –de manera loable– la previsión de utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias.

El primer aspecto a poner de resalto es que el plexo en análisis no regula aquellos modos anormales que privan al proceso de una solución de fondo (por caso, la caducidad de instancia) y exponen al particular –en consecuencia– a la falta de una adecuada tutela judicial efectiva, sino que se centra en aquellos que desde un punto de vista práctico y funcional permiten la concreción de la justicia administrativa mediante mecanismos y procesos que enaltecen la celeridad, inmediatez y economía del litigio, todos ellos valores apreciados tanto por el particular como por la jurisdicción administrativa<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Nos remitimos, en cuanto a la independencia y organización de la jurisdicción administrativa, al Capítulo 1 del Título II del Código (arts. 6º a 12) y el elocuente comentario del Prof. Aberastury.

Una primera y necesaria –aunque posiblemente redundante– aclaración que debe realizarse es que este comentario se ciñe estrictamente al fenómeno de los casos que el Código específicamente define como “actuación administrativa”<sup>2</sup>, haciendo foco en la noción de ejercicio de la función administrativa y potestades públicas. De modo tal que no se está abordando la realidad propia del litigio de aquellas personas estatales (principalmente en forma de empresas, estructuras industriales o comerciales) que no se vinculan con los particulares mediante relaciones regidas por el Derecho Administrativo, sino ante todo por el Derecho Privado en lo que principalmente hace a sus actos y contratos<sup>3</sup>.

En este sentido, si bien seguramente en distintos sistemas o países la proliferación de este tipo de estructuras estatales puede determinar que el “litigio contra el Estado” aumente su volumen y diversidad, se observa –en la práctica profesional– que ese tipo de litigio, salvo en algunos aspectos relativos a la ejecución de las sentencias de contenido pecuniario y la imputación de responsabilidad indirecta o refleja de la Administración central como garante final de la responsabilidad patrimonial estatal, presenta particularidades distintas de la justicia administrativa, acercándose –en sustancia– al litigio mercantil.

Así las cosas, se entiende que el eje nodal de análisis reposa en la justicia administrativa en sentido estricto que, en lo que interesa a esta sección relativa a los modos anormales de terminación del proceso (fundamentalmente la conciliación) y los mecanismos alternativos de solución de controversias (mediación y arbitraje), presenta como aristas salientes y condicionantes a los requisitos de acceso a la jurisdicción administrativa (tránsito de instancias previas en sede administrativa) y a la eficiencia de los sistemas de control interno de la Administración que, en nuestra opinión, son los que en estricto rigor determinan la

<sup>2</sup> Ver definiciones y art. 1.2 del Código.

<sup>3</sup> En este sentido seguimos la posición de Gordillo, por cuanto considera que la condición de estatal viene dada por la titularidad del capital del ente, que todas las personas estatales son públicas, pero que algunas, por su fisonomía y objeto, se rigen parcialmente, especialmente en lo que hace a sus actos y contratos, por el Derecho Privado. Ampliar en GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, ps. IX-9 y ss.

efectiva utilidad de estas figuras. También anotaremos algunas pautas relativas al control judicial –igualmente determinante– como elemento dirimente en lo que hace a la implementación, fundamentalmente, de la mediación y el arbitraje.

### 1.1. *Enfoque eminentemente práctico*

Parece oportuno también poner de relieve que en lo atinente a las figuras e institutos en comentario, más allá de un abordaje dogmático respecto del acierto o los beneficios que a nivel teórico contienen las disposiciones del Código (los que, por cierto, son muchos), un enfoque realista que contribuya a determinar la efectiva posibilidad de vigencia real de esas disposiciones debe reposar necesariamente en aspectos de *praxis* profesional para cotejar si, aun teniendo la mejor de las semillas, es fértil la tierra donde éstas serán sembradas.

En este sentido, el lector deberá llevar adelante una labor de cotejo con la realidad práctica y fácticamente vigente en el sistema jurídico en el que opera, por cuanto existen aspectos culturales, idiosincráticos e institucionales de los cuales dependen, al final del día, la efectiva posibilidad y –hasta incluso– la conveniencia de estas figuras.

Por esas razones es que en este comentario tomaremos como base fáctica al funcionamiento del sistema argentino, que es el que conocemos y en el cual operamos profesionalmente.

### 1.2. *Cuestiones atinentes a las bases culturales o idiosincráticas*

#### 1.2.1. *Interés positivo y real de la Administración en solucionar sus diferendos*

Un primer elemento que aparece como condicionante sustancial a la operatividad de figuras como las tratadas pasa por determinar si la Administración tiene y demuestra efectivamente vocación por solucionar sus diferendos.

En países como la Argentina, con crisis crónicas y constantes (superado ya un carácter meramente recurrente) que conllevan permanentes estados de emergencia administrativa y económica –entre otras materias–, sistemáticamente signadas por escenarios dominados por

un severo déficit fiscal y endeudamiento tanto interno como externo, la realidad nos presenta a una Administración que tiende a diferir en la mayor medida de lo posible sus obligaciones.

Desde esta perspectiva, es notable que cualquiera de los escenarios en comentario posee una base contractual, es decir que requieren de la voluntad concurrente del particular y de la Administración para su implementación. Entonces, si la Administración no tiene vocación por explorar y alcanzar una conciliación, o someterse a mecanismos de resolución alternativa de conflictos que puedan acortar y/o hacer más eficiente el proceso tendiente a la solución del diferendo, resulta insuficiente y vano el intento del particular y/o –incluso– del tribunal por implementar estos esquemas.

Para peor, desde la óptica del particular, si no encuentra a la Administración consustanciada y comprometida con la utilidad de estas figuras, más que una ventaja o medio de acortar procesos y hacerlos más eficientes, éstos se presentarán como una alternativa estéril con la consecuente pérdida de tiempo, costos y recursos.

Dicho de una manera más sencilla, la utilidad de estas figuras requiere de una cultura administrativa entusiasta y comprometida para dar adecuada respuesta en el menor tiempo posible. Sin esa cultura, las figuras corren riesgo de caer en desuso.

### *1.2.2. El diferimiento total del control a la jurisdicción administrativa*

Un segundo elemento a ponderar –como se verá en el siguiente punto– pasa por reconocer que en algunos sistemas existen normas y dispositivos que impiden a la Administración zanjar sus diferendos (especialmente aquellos que importan la erogación de recursos) sin la intervención judicial.

De alguna manera esto funciona como un diferimiento total al Poder Judicial del control de la actuación administrativa, transformando al juez en un garante de legalidad eximente de responsabilidad del funcionario. En lugar de consistir el control judicial en un control *ex post* de la Administración o, a lo sumo, concomitante, se transforma en un

control prácticamente concomitante si no, incluso, en una suerte de presupuesto o habilitación previa.

Va de suyo que no se desconoce la necesaria intervención de la justicia administrativa en cuestiones de contenido económico, en muchas circunstancias, en forma prematura para determinar la voluntad de la Administración, especialmente en casos de mora administrativa. Sin embargo, en el ámbito de las discusiones con contenido patrimonial (que representan a nuestro entender una importante porción, si no mayoritaria, de los casos en los cuales se presenta esta tensión), en las cuales no necesariamente están en juego situaciones urgentes y derechos fundamentales de impostergradable satisfacción (salud, vida, libertad ambulatoria, por citar algunos ejemplos más allá de ser la cuestión claramente casuística), parecería que la Administración podría y debería desenvolverse por sí misma y en forma expedita, postergándose el control judicial a los casos (deseablemente minoritarios) de ilegitimidad o falta de respuesta administrativa.

Este tipo de normas y dispositivos suelen ser el reflejo de una convicción y consecuente idiosincrasia por las cuales el funcionario no actuará si no con la protección del juez, entonces, aun cuando las figuras en comentario pudieran implementarse en el ámbito de la justicia administrativa resulta insoslayable que serán, en rigor, mecanismos algo artificiales y forzados. Máxime, si se conjugan con el elemento enunciado anteriormente relativo a la falta de vocación de la Administración por transitar caminos que acorten los procesos.

Lo paradójico, si bien excede holgadamente el marco de este trabajo, es que este tipo de lógicas y mecanismos suelen presentarse formalmente como tuitivos de la legalidad o, dicho sin eufemismos, preventivos de corrupción. Habría que estudiar con profundidad –en todo caso, y para corroborar nuestra intuición– si la prolongación indeterminada en el tiempo de los conflictos pecuniarios –con la correlativa pérdida de publicidad (entre otras cosas) derivada del anquilosamiento del asunto en expedientes judiciales– no es escenario más propicio para el desquicio económico que para el resguardo de la legalidad. Por de pronto, transferir de plano y subrepticamente la gestión económica al Poder Judicial con el necesario abarrotamiento de causas no parece *a priori* una receta eficiente.



### 1.3. *El contexto normativo*

#### 1.3.1. *El tránsito previo por la sede administrativa*

Un elemento dirimente para pronosticar la utilidad de figuras como las comentadas consiste en identificar si el particular, antes de acceder a la justicia administrativa, momento en el cual es llamado a decidir respecto de explorar una conciliación o llevar adelante una mediación, tuvo la carga de tramitar un largo y engorroso camino ante la propia Administración.

En este sentido, el Código en sus artículos 32 y 33 contempla esquemas de recursos previos facultativos en sede administrativa y, de ser éstos exigibles, sumamente expeditos. Para los casos de solicitudes a la Administración, se contempla un trámite también muy breve<sup>4</sup>.

Sin embargo, la realidad en el sistema argentino<sup>5</sup> que estamos utilizando como cartabón es muy distinta.

<sup>4</sup> Art. 32 – *Recurso administrativo previo*:

(1) Como regla general el recurso administrativo previo es facultativo. Su interposición interrumpe el plazo para acceder a la jurisdicción administrativa.

(2) En los casos en que se exija el recurso administrativo previo, este requisito no será empleado para obstaculizar el acceso a la jurisdicción. La administración pública decidirá con celeridad, en un plazo que no debe exceder de un mes salvo causa justificada debidamente razonada. La ausencia de respuesta dentro de este plazo abre el acceso a la jurisdicción administrativa.

(3) El recurso administrativo previo no excluye la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa.

Art. 33 – *Solicitud previa a la Administración*. Sin perjuicio de la solicitud de medidas cautelares, no se puede solicitar una condena de hacer, dar o pagar una cantidad sin haberlo previamente solicitado a la administración pública competente. El plazo para recurrir contra la denegación expresa o tácita es el establecido en el artículo 32, párrafo dos.

<sup>5</sup> Es importante aclarar que el sistema federal de la República Argentina tiene sus particularidades. Los Estados provinciales delegaron al Poder Legislativo de la Nación el dictado de las leyes en determinadas materias que son de aplicación en todo el territorio del país (conf. art. 75, inc. 12 de la Constitución de la Nación Argentina). Por su parte, esos Estados provinciales se reservaron la facultad de legislar en las materias no delegadas, entre las cuales se encuentra el Derecho Administrativo (art. 121, CN). De modo tal que coexiste un sistema o régimen federal de Derecho Administrativo que rige en las materias declaradas constitucionalmente como federales y en las relaciones jurídicas en las cuales el Estado nacional es parte con regímenes

En efecto, en materia de impugnación judicial de actos administrativos es exigida la previa interposición de recursos en sede administrativa<sup>6</sup> y, como regla general, no puede iniciarse un juicio al Estado nacional ni a sus entidades autárquicas sin mediar reclamo administrativo previo<sup>7</sup>.

Si bien es cierto que la reglamentación de estos principios normativos pudo tener la finalidad o intención de limitarlos y acotarlos en el tiempo<sup>8</sup>, en la práctica suele tratarse de trámites largos, desgastantes, muchas veces entorpecidos burocráticamente y con bajos porcentajes de éxito.

Así las cosas, no puede sino concluirse que si el particular tuvo –con anterioridad al efectivo acceso a la justicia administrativa– que transitar un trámite en sede administrativa tan infructuoso que lo obligó a llevar a aquélla a juicio, difícilmente siga apostando tiempo y recursos a que esa misma Administración le solucione su caso en el seno de una conciliación o mediación.

### 1.3.2. *La prohibición a la Administración de resolver reclamos de responsabilidad extracontractual*

Una manifestación concreta en el Derecho positivo de aquello que adelantamos en el punto 1.2.2 puede encontrarse en el inciso b, del artículo 32, LNPA, que exceptúa a los daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual del reclamo administrativo previo.

locales de las veintitrés jurisdicciones locales que componen la Nación. Salvo indicación en contrario, cuando nos refiramos al Derecho argentino estaremos haciéndolo al régimen federal.

<sup>6</sup> Conf. arts. 24, inc. a, y 25, incs. a, y b, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549.

<sup>7</sup> Conf. art. 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549.

<sup>8</sup> Tomando el recurso jerárquico como ejemplo, que es el recurso administrativo que por regla general agota la vía administrativa para habilitar la instancia judicial, el art. 91 del decreto 1759/72, reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, establece un plazo de resolución de este recurso de 30 (treinta) días desde que el expediente es recibido por la autoridad competente o que se hubiera completado la fase probatoria. De modo tal que, por rápido que se sustancie, los plazos no guardan relación con la pauta de un mes prevista en los arts. 32 y 33 del Código.

Esta excepción proviene de un viejo decreto del año 1944, por el cual se declaró que el Poder Ejecutivo no admitirá en sede administrativa la responsabilidad del Estado en las reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes<sup>9</sup>, difiriendo tanto la determinación de responsabilidad como la cuantía de la reparación en el Poder Judicial. Es preciso remarcar que la vigencia de este decreto, incluso luego de dictada la Ley de Procedimientos Administrativos en el año 1972, fue ratificada y sostenida por la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>10</sup>.

De modo tal que, ya sea por la aplicación directa del mencionado decreto, por considerar que subsisten las razones que lo motivaron o, incluso, simplemente por tradición jurídica, puede sostenerse que en el sistema argentino la Administración Pública no reconoce responsabilidad extracontractual, y todo lo atinente a esa materia ha sido diferido al Poder Judicial.

En los párrafos siguientes, analizaremos las figuras tratadas por el Código a la luz de estas bases que venimos de explicar, insistimos, invitando al lector a que haga la comparación y adaptación con el sistema jurídico en el cual opera.

## **2. La conciliación**

### *2.1. Aproximación conceptual*

No obstante que el Código no nos proporciona una definición conceptual de la figura, puede presumirse que, desde un punto de vista técnico contractual, debe entenderse a la conciliación prevista en el artículo 35 como una transacción.

En el Derecho argentino al definirse a la transacción se establece que “...es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o

<sup>9</sup> Decreto 28.211/44 publicado en el B. O. del 4-11-44. Es importante destacar un considerando de esa norma en donde se dice: “Que la solución de esos casos dudosos se prestaría a la intervención interesada y a veces pernicioso de personas influyentes”.

<sup>10</sup> Dictamen del 21-3-2000 (*Dictámenes*: 232:303).

ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”<sup>11</sup>.

Se ha dicho que para que la transacción esté configurada, es preciso: a) que haya acuerdo de voluntades; b) que las partes hagan concesiones recíprocas, es decir que cedan parte de sus pretensiones a cambio de que se les asegure el carácter definitivo de las restantes; c) que por esas concesiones se extingan obligaciones litigiosas o dudosas<sup>12</sup>.

Tal vez quepa precisar que si no hubiera una concesión recíproca entre las partes, y la conciliación presupusiera una concesión total de alguna de ellas, entonces estaríamos ante un desistimiento de lo reclamado o un allanamiento a la demanda.

## 2.2. Estado de situación

En lo que respecta a la transacción por parte de la Administración, existen en el Derecho argentino dos grupos de normas relevantes para este análisis, una de orden procesal y la otra de organización administrativa y control interno de la Administración.

En el orden procesal el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>13</sup> prevé una audiencia preliminar en la fase de prueba que confiere al juez facultades similares a las previstas en el artículo 35 del Código<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Conf. art. 1641 del Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>12</sup> SILVESTRE, Norma O. (dir.), *Obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 363; ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VII, ps. 928 y ss.

<sup>13</sup> A falta de un Código contencioso administrativo es el cuerpo ritual que se utiliza integrado a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos en la justicia administrativa argentina.

<sup>14</sup> Art. 360, CPCCN – A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto [...] 1. Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia. El juez podrá, si la naturaleza y el estado del conflicto lo justifican, derivar a las partes a mediación. En este supuesto, se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes. Vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a pedido de cualquiera de las partes, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria.

En lo que respecta a las normas de funcionamiento interno de la Administración, la posibilidad de celebrar una transacción se encuentra regulada en las normas que rigen la representación del Estado en juicio<sup>15</sup> y en el artículo 18 de la ley 23.982<sup>16</sup> y su reglamentación<sup>17</sup>.

Debe aclararse que, en la práctica, al menos en los procesos llevados ante la justicia administrativa nacional<sup>18</sup>, no es práctica usual la transacción. Podríamos decir que no existe. En efecto, tanto es así que la audiencia prevista en el artículo 360 muchas veces no se realiza o se pospone hasta una vez terminada la producción de prueba y, en la mayoría de los casos –si no en la totalidad–, ésta se limita a las cuestiones probatorias omitiéndose la posibilidad de alcanzar un acuerdo sobre el fondo de la disputa. En este sentido, la Administración también suele oponer la necesidad de una sentencia judicial para que se reconozca la obligación del Estado de afrontar el pago de sumas de dinero. Como lo explicamos en los puntos precedentes, se trata de una cuestión cultural o idiosincrática.

De modo tal que, al menos *a priori*, puede observarse que en el

<sup>15</sup> El decreto 411/80 establece en su art. 18 que previa autorización de la máxima autoridad ministerial los representantes: “Podrán, también, con autorización expresa de las autoridades u órganos mencionados en el artículo 1º, formular allanamientos y desistimientos, otorgar quitas y esperas, transigir, conciliar, rescindir contratos, someter a juicio arbitral o de amigables componedores, aceptar herencias o legados, e iniciar y proseguir juicios sucesorios”. Sin embargo, en lo relativo a los requerimientos sustanciales y la implementación de los esquemas de control se tiende a aplicar lo previsto en la ley 23.982.

<sup>16</sup> Ley 23.982, art. 18 – El Poder Ejecutivo nacional o cualquiera de los ministros que le asisten, con el previo asesoramiento del servicio jurídico permanente, podrán acordar transacciones, que en todos los casos deberán contar con la aprobación del Tribunal de Cuentas de la Nación, la Sindicatura General de Empresas Públicas o los organismos de control que correspondan en cada caso y ser homologadas judicialmente. Será competente para la homologación el juez actuante o el que lo hubiera sido para entender en la cuestión. Los medios para la cancelación de las obligaciones, dinerarias emergentes de la transacción serán los previstos por esta ley, salvo que existieren partidas presupuestarias específicas.

<sup>17</sup> El decreto 2140/91 prevé en su art. 32 un complejo mecanismo de control interno que requiere la intervención de múltiples instancias, establece límites y pautas económicas y condiciona la transacción a la homologación judicial.

<sup>18</sup> Debe aclararse que la realidad es algo distinta cuando se trata de litigios en sede internacional, en los cuales existe mayor predisposición del país a evitar condenas.

sistema argentino se cuenta con mecanismos normativos similares a los provistos por el Código y, sin embargo, la figura conciliatoria o transacción no tiene vigencia material.

### 2.3. *Limitación al alcance. La disponibilidad de las pretensiones*

Si bien excedería el marco del presente trabajo, no puede menos que anotarse que la posibilidad de alcanzar una transacción o acuerdo conciliatorio encuentra límite en que la materia o contenido de ese eventual acuerdo sea disponible para la Administración. Así, de hecho, se prevé en el artículo 35 *in fine* del Código.

Esta cuestión cobra relevancia especialmente cuando están en juego la constitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo o la validez de actos administrativos, casos en los cuales, entre muchas otras razones, difícilmente el representante del Estado en juicio cuente con competencia para pronunciarse y transigir. Así las cosas, en este tipo de materias u objeto de *litis* que resultan indisponibles, será necesario el pronunciamiento de la justicia administrativa. Esta situación remite nuevamente a que la materia principal expuesta a la implementación de estas figuras radica, principalmente, en los pleitos de contenido patrimonial.

### 2.4. *Las soluciones que trae el Código*

Sujeto a las pautas que se abordarán en la sección subsiguiente, parece atinado señalar que el Código trae en su artículo 37 una serie de disposiciones que pueden, en tanto existan las bases culturales adecuadas, aportar una solución para la implementación de la figura conciliatoria.

Se hace aquí referencia a que, al menos desde nuestra opinión, en el artículo 37 se otorga un rol sumamente relevante al tribunal en lo que respecta al control de legalidad y razonabilidad del eventual acuerdo conciliatorio. Se puede apreciar que ese control de legalidad asignado al tribunal no es meramente formal sino que aborda el contenido del eventual acuerdo, fundamentalmente en tanto debe constatar que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico y que no resulte lesivo al interés público.

Así las cosas, y como veremos, el tribunal no debería en esta instancia –en la cual determina que hay espacio para finiquitar el juicio por vía transaccional– ser un mero espectador del comportamiento autonómico de las partes sino un protagonista central que induzca y conduzca un camino tendiente a la terminación anticipada del juicio mediante un acuerdo legítimo y razonable.

Bajo esta concepción, la figura cobrará interés para el particular, que podrá encontrar un incentivo real a solucionar útilmente sus demandas, y podrá brindar confort a la representación del Estado en lo relativo a no quedar sólo en la tutela del interés público.

### *2.5. Propuestas interpretativas y de aplicación*

En esta sección se harán algunas propuestas interpretativas de los artículos en comentario como así también se esbozarán algunas pautas que pueden contribuir a una implementación exitosa y útil de la figura.

La primera cuestión a poner de resalto consiste en la necesidad de resguardar el principio dispositivo consagrado en el artículo 22 del Código. Efectivamente, la apertura y mantenimiento de una instancia conciliadora no puede ser hecha por el tribunal contra la voluntad de alguna de las partes. De esto se sigue que cada una de las partes puede rechazar el inicio de esa instancia o darla por terminada a su solo criterio. Y este tipo de decisiones, salvo situaciones manifiestamente dilatorias o infundadas, no debería generar inferencias contrarias a la parte desinteresada en participar ni crear convicción de ningún tipo en el tribunal. Máxime, si se trata del particular que ya peregrinó un largo sendero previo en sede administrativa y teme por una elongación inútil del proceso.

Por su parte, esta primacía del principio dispositivo que se propone no colisiona con el inquisitivo establecido en el artículo 23 del Código, por cuanto este último parece estar ceñido a la actividad probatoria tendiente al esclarecimiento de los hechos.

El segundo aspecto que debería ponerse de relieve refiere a que el término “podrá” utilizado en el artículo 35 del Código no puede ser interpretado como una mera facultad del tribunal librada a una valoración plenamente discrecional.

Por el contrario, una adecuada interpretación de la norma a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>19</sup> impone interpretar que, siempre que el tribunal observe que la introducción de una etapa conciliatoria sea viable (básicamente por no mediar supuestos de indisponibilidad del objeto de una potencial transacción) y útil para poner fin al diferendo acortando el proceso, tiene la obligación convencional de proponerla y, habiendo acuerdo de partes para ello, agotarla con ímpetu. En caso contrario, podría ponerse en juego el derecho de defensa en juicio, básicamente, en lo que atañe a obtener tutela judicial efectiva en un plazo razonable.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto de relieve que en lo tocante al “plazo razonable” referido en las citadas disposiciones de la Convención no se circunscriben al proceso penal sino que es aplicable a toda clase de proceso<sup>20</sup>; que la obligación de dar vigencia a ese plazo razonable recae sobre todos los poderes del Estado<sup>21</sup>, y que desde esta perspectiva la tutela judicial efectiva consiste en arrojar certeza jurídica del modo más rápido posible<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica – 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

<sup>20</sup> El más alto tribunal argentino dictó con fecha 26-6-2012 el *leading case* “Lo-sicer” (*Fallos*: 335:1126). En el décimo considerando de esa sentencia estableció que “...el plazo razonable de duración del proceso al que se alude en el inciso 1º, del artículo 8º, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión”.

<sup>21</sup> Conf. considerando 8º de la sentencia referida en nota anterior.

<sup>22</sup> En el considerando 7º, con cita de precedentes, señala que “la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal”. No obstante que esta cita está expresamente referida al proceso penal, una interpretación armónica del fallo en todo su alcance permite considerar que esta interpretación de la garantía alcanza a todo tipo de procesos.



Ahora bien, esta labor que entendemos el Código impone al tribunal debe ser llevada adelante, no solamente en observancia del principio dispositivo, sino también cuidando al extremo el mantenimiento de su imparcialidad. Esta imparcialidad podría verse amenazada, por ejemplo, si en el marco de la instancia conciliatoria alguna de las partes entendiera que el tribunal incurre en prejuzgamiento. Situaciones de esta índole no solamente harían fracasar la conciliación, sino que, posiblemente, podrían generar impugnaciones, recursos y dilaciones que generarían el efecto exactamente contrario al perseguido.

La propuesta en este sentido para mitigar ese riesgo se focaliza en la oportunidad en la cual el tribunal intente la conciliación. En esta línea, si bien el artículo 36 del Código refiere a “una vez presentada la demanda”, entendemos que el momento más oportuno se encuentra –como temprano– una vez trabada la *litis*, e –idealmente– agotados los escritos de discusión y en forma previa a la producción de la prueba no incorporada a los escritos de discusión.

El que sea con anterioridad a la producción de la prueba tiene sustento en que de alcanzarse un acuerdo éste tiene el incentivo de ahorrar una importante cantidad de recursos y acortar el proceso en la parte que suele ser más engorrosa y extendida, que es, justamente, la producción y sustanciación de la prueba.

El que tenga lugar luego de trabada la *litis* (e idealmente agotados los escritos de discusión) asegura a cada una de las partes el derecho a ser oída y plantear definitivamente sus posiciones, permitiendo a su vez al tribunal discriminar entre aquellos puntos en disputa que dependen de la prueba respecto de aquellos que son estrictamente jurídicos o de puro derecho.

Esto último resulta esencial para el éxito de la conciliación por cuanto sobre estos aspectos que no requieren esperar a la prueba, el tribunal cuenta con la plena posibilidad de disuadir con base en lo que podría ser su decisión al dictar sentencia y, al no depender de la prueba, no importaría, en esa instancia y en principio (más allá de los cuidados casuísticos), prejuzgamiento alguno. El típico caso se presenta cuando una de las partes pretende fundar en derecho una posición caprichosa contraria a una jurisprudencia inveterada con evidente propósito dilatorio. En estos casos el tribunal tiene, a nuestro criterio,

la posibilidad de conducir el trámite conciliatorio haciendo reflexionar a la parte argumentante respecto del previsible fracaso de esa posición.

Por último, y profundamente entrelazado con las cuestiones culturales que ya se explicaron, el eje de la instancia conciliatoria debería reposar en la vocación por solucionar el conflicto, teniendo en todo caso presente que la mera chance de revertir el criterio del tribunal en una instancia superior o posterior no puede ser utilizada como excusa para asumir conductas dilatorias.

### **3. La mediación**

#### *3.1. Aproximación conceptual*

Pareciera que con alguna característica definitoria en más o en menos puede concebirse pacíficamente a la mediación como un mecanismo no controversial de solución alternativa de conflictos en la cual un tercero ajeno a las partes en disputa procura un acercamiento directo entre las partes procurando conciliar sus intereses y pretensiones, de modo tal de evitar un litigio. Se caracteriza, entre otras cosas, por su confidencialidad, inmediatez entre las partes y el mediador, y por su celeridad.

#### *3.2. Nuevamente sobre el principio dispositivo*

El Código es claro e inequívoco en su artículo 39 en torno a que la utilización de esta alternativa es facultativa para las partes, razón por la cual caben las consideraciones sobre este tema referidas respecto de la conciliación en el capítulo precedente.

#### *3.3. La situación de hecho*

En el sistema argentino hay dos normas relevantes para abordar el funcionamiento del instituto. Por un lado, la norma ya comentada del artículo 360 del Código Procesal en vigor que, como vimos, habilita al tribunal a derivar a las partes a una mediación. Ya hemos visto que esta norma –no sólo en materia de mediación– se encuentra en desuso en lo que respecta a la Administración.

Por otro lado, existe un sistema de mediación prejudicial obligatoria que tiene por objeto descomprimir la cantidad de causas que llegan a los tribunales<sup>23</sup>. Bajo este régimen, es requisito para promover demanda judicial el haber cumplido con el trámite de la mediación previa. Sin embargo, no obstante que el régimen prevé su aplicación a la universalidad de procesos, salvo los excluidos expresamente, entre estos últimos se encuentran aquellos en los cuales el Estado es parte.

De modo que podemos afirmar que en la Argentina, como concepto general, no se utiliza la mediación en lo que respecta a la jurisdicción administrativa.

A esto debería agregarse que, con independencia de lo regulado en las normas vigentes, en tanto como se explicó, para llevar a juicio a la Administración es menester interponer recursos o reclamos previamente en sede administrativa, la figura de la mediación carece de incentivos suficientes para imponerse. Concretamente, aun cuando está receptada en la norma procesal del artículo 360, en parte porque –como se explicó– la Administración aguarda la decisión judicial, en parte porque el particular encontraría un doble procedimiento previo antes del litigio propiamente dicho, lo concreto es que la mediación en los juicios contra la Administración no puede no ser vista ni entendida si no como una traba más para acceder a la tutela judicial efectiva.

Cabe acotar que las razones por las cuales se excluyó de la Administración la posibilidad de asumir responsabilidad extracontractual y establecer la cuantía de los daños y perjuicios eventualmente procedentes se replican en el ámbito de la mediación que, al poseer neto corte contractual, implica para la Administración que no sea un tercero el que los fije sino que es ella misma quien los reconoce a los efectos de una conciliación. Así las cosas, aun cuando en este caso (responsabilidad extracontractual) no existe obligación de interponer un reclamo administrativo previo, la figura no parece solucionar la traba existente.

#### 3.4. *La homologación como solución aportada por el Código. ¿Es suficiente?*

También resulta referible a este acápite lo dicho respecto de la

<sup>23</sup> Ley 26.589.

conciliación en cuanto a que la principal solución que brinda el Código pasa por el rol central del tribunal al cotejar el acuerdo al que pudiera arribarse a los efectos de su homologación.

Sin embargo, daría la impresión de que en sistemas como el argentino esta solución no sería necesariamente suficiente a efectos de tornar a la mediación como efectiva y verdaderamente utilizable.

Por un parte, porque mientras exista la obligación de transitar un procedimiento administrativo previo, difícilmente el trámite de una mediación no sea visto –especialmente por el particular– como una elongación estéril del proceso. Va de suyo que la cuestión es eminentemente casuística, pero la situación macro o conceptual parece clara.

En otro orden de cosas, porque el hecho de no estar presente el tribunal conduciendo la mediación –tal como sí ocurre con la conciliación– puede no ser suficiente para conmover los aspectos culturales que ya hemos reseñado. Efectivamente, desde nuestra perspectiva, si la Administración estuviera dispuesta a hacer concesiones recíprocas con el particular en aras de poner fin al pleito, entonces no parece ser comparativamente más confortable hacerlo frente a un tercero (mediador) que frente al propio tribunal.

Aquí deben ponerse de resalto dos aspectos de la mediación que pueden, por decirlo de alguna manera, jugar en contra. El primero, la confidencialidad. En líneas generales, es contradictoria con la publicidad de los actos de gobierno. Y como hemos visto, gran parte del sustento de la reticencia de la Administración a ingresar en esquemas transaccionales y/o conciliatorios reposa en este tipo de explicaciones referidas a evitar situaciones emparentables con corrupción. Entonces, no parece lo mismo exhibir y/o argumentar elementos que hagan a las posiciones de las partes frente al tribunal, que al fin del día tendrá dominio sobre ellos en el proceso, ello fortalecido por el principio inquisitivo en materia de prueba, que hacerlo frente a un tercero al margen del proceso.

Y esta cuestión se ve acentuada ni bien se advierten las fórmulas que habitualmente se utilizan en los acuerdos alcanzados en los procesos de mediación que, habitualmente, se redactan estableciendo frases como “sin reconocer hechos ni derechos y al solo efecto conciliatorio”.

De modo tal que no vemos en la mediación prevista en el artículo 39 del Código una alternativa que a corto plazo o, al menos, sin cambios sustanciales en la idiosincrasia de la justicia administrativa argentina, pueda tomar vigencia efectiva como medio para acortar y hacer más eficientes los procesos judiciales.

#### **4. Algunas notas sobre el arbitraje**

##### *4.1. Las razones de este acápite*

Podrá preguntarse el lector acerca de las razones de la inclusión del arbitraje en este comentario cuando esta figura no se encuentra prevista en el Código. Creemos que son varias las razones para, al menos, dejar estas notas planteadas.

En primer lugar, parece innegable –más allá del Derecho Administrativo– la tendencia actual hacia la implementación de esa figura como alternativa al tránsito por los tribunales judiciales<sup>24</sup>.

Si bien es cierto que el arbitraje, como toda institución, tiene aspectos aún por desarrollar, no es menos cierto que para el particular presenta varias ventajas, entre ellas: i) la celeridad del proceso; ii) suele ser menos costoso que un juicio, al menos los de envergadura económica; iii) la estructura del proceso permite un debate más profundo y focalizado, especialmente respecto de los aspectos de hecho, y iv) la posibilidad de contar con árbitros muy especializados en la materia objeto del diferendo.

Con estas líneas se pretende dejar planteados algunos desafíos e interrogantes orientados a determinar si el arbitraje también puede ser conveniente o ventajoso para la Administración y, en tal caso, si puede ser considerado apto y útil como un mecanismo alternativo de justicia administrativa.

En este sentido, la primera aproximación que cabe formular es que no se encuentra incompatibilidad con el Código, al menos desde un punto de vista teórico-conceptual. En efecto, así como en el artículo 39 se habilita a las partes a que recurran a un mecanismo alternativo

<sup>24</sup> Ver TAWIL, Guido S., *El Estado y el arbitraje: primera aproximación*, en *Revista de la Administración Pública*, noviembre de 2007, RAP, Buenos Aires, p. 167.

como la mediación, no se encuentra *–prima facie–* óbice para la utilización de otro mecanismo alternativo como el arbitraje. No se nos escapa que en el caso de la mediación se reserva al tribunal la labor de homologar un eventual acuerdo, intervención que no tendría lugar en el arbitraje salvo en casos de impugnación del laudo que se dictare. En la sección siguiente se tratará esta cuestión que es, justamente, central.

No obstante lo antedicho, no puede menos que apuntarse que el Código prevé en el artículo 38 la posibilidad de un acuerdo extrajudicial que suscitaría la intervención del tribunal sólo en casos de dificultad en su ejecución. De modo tal que el Código contempla la posibilidad de poner fin al conflicto entre el particular y la Administración prescindiendo de la intervención del tribunal. *Mutatis mutandis*, ocurriría algo similar con el arbitraje, esquema en el cual el tribunal intervendría solamente en el caso de impugnaciones al laudo.

#### 4.2. *Aproximación conceptual*

Retomando el método de este comentario, el arbitraje en el Derecho argentino se hallaba tradicionalmente regulado en las normas procesales, por cierto, raquíticamente. En tal sentido, el artículo 736 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece: “Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior”.

En el año 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial que, en su artículo 1649, establece: “Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público”.

Debe ponerse énfasis en que esta definición dada por el plexo jurídico mencionado responde a una política legislativa contenida en la sanción (relativamente reciente) de este Código Civil y Comercial por

la cual quedaron definitivamente separados los mundos jurídicos del Derecho Privado y el Derecho Público<sup>25</sup>. De hecho, en el artículo 1651 se excluye a los casos en que el Estado nacional o los Estados locales sean parte.

Sin embargo, esto no es obstáculo para que la Administración se someta al arbitraje como sistema alternativo de resolución de conflictos. En efecto, existen al menos dos normas que así lo habilitan. Por un lado, la ley 11.672 que habilita al Poder Ejecutivo a someter cuestiones con personas jurídicas extranjeras a tribunales extranjeros y a tribunales arbitrales<sup>26</sup>, y, por otro, la ley 23.982 que hace una habilitación más general en su artículo 18. A esto debe sumarse el complejo de tratados internacionales, especialmente de protección bilateral de inversiones, mediante el cual se pactó la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

No obstante estas posibilidades, lo cierto es que el arbitraje en

<sup>25</sup> Entre las manifestaciones más importantes de esa separación puede observarse: i) que el “nuevo” Código Civil y Comercial excluye a la responsabilidad del Estado de su régimen, cuando hasta su sanción era el anterior Código Civil la norma en la cual se fundaba normativamente ese instituto, especialmente en la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, y ii) la posibilidad de las provincias de establecer los plazos de prescripción en materia tributaria en ejercicio de sus potestades legisferantes de Derecho Público local que, hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, era considerada una materia civil y común a todo el territorio del país. Ampliar en BALBIN, Carlos F., *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 2016, y ABERASTURY, Pedro, *El Código Civil y Comercial de la Nación y la responsabilidad del Estado*, en DALLA VIA, Alberto y GARCÍA LEMA, Alberto, *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016. A continuación se transcriben los artículos implicados.

Art. 1764 – *Inaplicabilidad de normas*. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Art. 1765 – *Responsabilidad del Estado*. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Art. 2532 – *Ámbito de aplicación*. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos.

<sup>26</sup> Conf. art. 53 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto.

Argentina, en lo que al Estado respecta, ha cundido en materia internacional pero no como sistema de solución de controversias internas<sup>27</sup>.

### 4.3. *Los desafíos e interrogantes teórico-normativos*

#### 4.3.1. *La cuestión del control judicial*

Tal lo adelantado, el tema del control judicial del laudo dictado en los procesos arbitrales resulta central. En efecto, una de las principales ventajas del arbitraje consiste en su celeridad. Sin embargo, se trata –por lo general– de procesos de conocimiento amplio que requieren debate y prueba, de modo tal que tampoco es que se resuelven en un par de meses.

Ahora bien, si obtenido el laudo debiera transitarse una etapa de conocimiento –también amplio– ante el tribunal judicial para que revise el proceso, entonces el proceso arbitral perdería, en gran medida, su atractivo y su razón de ser.

Es por ello que como práctica general las partes que deciden someter sus diferencias a un proceso arbitral renuncian a los recursos, en forma coherente al sometimiento que realizaron de su caso a los árbitros designados.

Sin embargo, y como es sabido, la renuncia a los recursos nunca puede significar una renuncia absoluta, sino que siempre quedan subsistentes los recursos de aclaratoria y nulidad<sup>28</sup>. En lo que respecta al planteo de nulidad, es ocioso aclarar que su margen es sumamente estrecho y está ceñido a los eventuales errores *in procedendo* y no *in iudicando*. En esta línea, el artículo 760 de la norma procesal establece

<sup>27</sup> Ampliar en GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, t. 2, Sección IV, y TAWIL, *El Estado y el arbitraje: primera aproximación* cit., p. 167.

<sup>28</sup> Éste es el criterio del Código Procesal Civil y Comercial. En su art. 760 se establece: “Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente”.



clara y taxativamente las causales en las cuales puede fundarse la nulidad y que excluyen una revisión del criterio o mérito de la decisión.

Ahora bien, apartándonos por un instante de la cuestión estrictamente ligada al arbitraje, pero siempre en relación con el control judicial, nuestro máximo tribunal fue llamado en el año 1960 a zanjar la cuestión en torno a si el sistema institucional argentino de división de poderes era de jurisdicción simple o doble, en esta última alternativa, al estilo francés. Fue en esa oportunidad, con el *leading case* “Fernández Arias”<sup>29</sup>, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación definió el alcance del derecho constitucional a la defensa en juicio precisando que aun cuando fuesen institucionalmente tolerados los tribunales administrativos o la adjudicación de actividad materialmente jurisdiccional a la Administración, en todos los casos debía existir *control judicial suficiente*, que, en lo sustancial, significa que todo justiciable tenga derecho al menos a una instancia judicial en la que pueda discutir ampliamente tanto los hechos como el derecho involucrados en su caso.

De ese señero precedente de la Corte Suprema tradicionalmente se ha destacado el considerando 19, que en la parte relevante señala: “...De conformidad con lo hasta aquí expuesto, pues, y a título de síntesis, cabe declarar que, en casos como el de autos, control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial (doctrina de *Fallos*: 205:17; 245:351). La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas”.

Así las cosas, la Corte Suprema habilitó la renuncia voluntaria al control judicial suficiente, si bien refiriéndose al haberse optado por someter la decisión a la Administración. No existen, en nuestro criterio, elementos que permitan concluir que una renuncia análoga para someter la cuestión a árbitros merezca una consideración distinta.

<sup>29</sup> *Fallos*: 247:646.

Sin embargo, en el año 2004 la Corte Suprema dictó sentencia en el caso “Cartellone”, oportunidad en la cual revocó una decisión arbitral a raíz de un planteo de nulidad del Estado argentino (habiéndose renunciado a la apelación) estableciendo que los laudos arbitrales podían ser revisados judicialmente cuando fueran inconstitucionales, ilegales o irrazonables<sup>30</sup>. De esta forma, amplió considerablemente la posibilidad o alcance de la revisión judicial, desnaturalizando la renuncia de los recursos que se comentara. De hecho, esta sentencia generó críticas varias, en muchos casos, alertando que esa posición jurisprudencial ponía en jaque la viabilidad del arbitraje en la Argentina<sup>31</sup>.

A su turno, la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015 trajo más dudas al establecer en la última parte de su artículo 1656: “En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico”, fórmula ambigua que despertó dudas respecto de si ratificaba el tradicional criterio del Código Procesal (recurso de nulidad restringido) o el de la Corte Suprema en el caso “Cartellone” (revisión amplia del laudo).

La sala E de la Cámara Comercial se adelantó en un pronunciamiento al esclarecer que la norma del Código Civil y Comercial ratifica la postura tradicional de renuncia a apelar y consiguiente revisión restringida del laudo<sup>32</sup>.

Por último, la jurisprudencia de la Corte Suprema más reciente parece estar regresando al criterio tradicional consistente en una revisión judicial restringida mediante el estrecho margen del recurso de nulidad<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Conf. considerando 14 de la sentencia dictada el 1-6-2004, en autos “José Cartellone Construcciones Civiles SA c/Hidroeléctrica Norpatagónica SA o Hidronor SA s/Proceso de conocimiento”, RC J 3228/04.

<sup>31</sup> Ver el trabajo de Tawil antes citado en notas 24 y 27, y CAIVANO, Roque, *Alcances de la revisión judicial en el arbitraje (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, “in re” “Cartellone”)*, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Año II, N° 5, enero-marzo de 2005, ps. 159-192.

<sup>32</sup> Sentencia del 22-12-2015, en autos “Olam Argentina SA c/Cubero, Alberto Martín y otro s/Recurso de queja”, publicado en L. L. del 10-5-2016, RC J 1944/18.

<sup>33</sup> *Fallos*: 340:1226, y sentencia del 6-11-2018, *in re* “EN. Procuración del Tesoro Nacional c/(Nulidad del laudo del 20-3-2009) s/Recurso directo”.

Si bien la cuestión no parece estar aún definitivamente zanjada, a los efectos del comentario cabe señalar que de no restringirse la revisión judicial de los laudos a los estrictos supuestos de nulidad (errores *in procedendo*) o a casos manifiestamente contrarios al orden público, resultará imposible que el arbitraje se erija como alternativa útil a la justicia administrativa. Ello así por la simple razón de que no puede en modo alguno compadecerse con la más elemental noción que pueda tenerse de tutela judicial efectiva un esquema que implique duplicar el proceso: un primer proceso arbitral, y luego un proceso amplio de revisión judicial.

#### 4.3.2. *Los planteos de inconstitucionalidad*

Otro de los aspectos que cobran centralidad a la hora de establecer si el arbitraje puede erigirse como alternativa de justicia administrativa pasa por determinar si los árbitros pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma, ello así, por la recurrencia con la cual suelen darse estas situaciones en los litigios contra la Administración.

La cuestión es compleja y ha sido profusamente tratada por la doctrina<sup>34</sup>. Desde nuestra perspectiva, y a efectos de no exceder el marco de este comentario, señalamos que no vemos óbice a que un tribunal arbitral decida no aplicar una norma por considerarla contraria a una norma superior –tal el caso de la Constitución Nacional– dado que, en rigor, lo que está haciendo es aplicar el Derecho que posee primacía.

Va de suyo que la cuestión amerita un análisis más profundo y casuístico, pero, como concepto general, en tanto el tribunal arbitral no pretende extender con su decisión efectos más allá del estrecho marco del caso bajo su jurisdicción<sup>35</sup>, esta temática no debería ser eficiente para cuestionar la eficacia del sistema arbitral en los litigios en los cuales la Administración es parte.

<sup>34</sup> Ver CAIVANO, Roque, *Planteos de constitucionalidad en el arbitraje*, en *Revista Peruana de Arbitraje*, 2/2006, Lima, p. 107.

<sup>35</sup> Por otra parte, esto no podría ocurrir por cuanto un laudo con tal vocación estaría violando el compromiso arbitral al proyectar efectos para quienes no son parte de ese compromiso y, seguramente, también se estaría excediendo de los puntos o temas para los cuales el tribunal arbitral estaría llamado a resolver.

### 4.3.3. *Otras cuestiones*

Existen otras cuestiones –no tan centrales– a tener en cuenta, tales como la publicidad del laudo, el régimen de ejecución o el dictado de medidas cautelares, entre otras.

En nuestra opinión, estos y otros temas son secundarios a los tratados anteriormente y fácilmente regulables con normas específicas para los supuestos en que la Administración someta sus diferendos a tribunales arbitrales.

### 4.4. *Desafíos e interrogantes prácticos y operativos*

A la par de las cuestiones antes reseñadas que comportan planteos jurídicos de fondo –más allá de la consecuencia práctica de tornar o no al arbitraje en una alternativa válida de la justicia administrativa–, existen otros aspectos de índole material que bien podrían resultar un obstáculo en este sentido.

En primer lugar, los procesos arbitrales suelen ser menos costosos pero también suelen requerir una dedicación de gastos y recursos intensivos en ciertas etapas, por ejemplo, para la contratación de testigos expertos o la organización de las audiencias de prueba. En este sentido, las formas burocráticas de la Administración en su manejo presupuestario pueden ser un valladar infranqueable. En el esquema de juicio tradicional ante jueces estatales, por lo general, la Administración no debe hacer erogaciones sino hasta una vez terminado el juicio, con la consiguiente posibilidad de planificación y trámite presupuestario.

En segundo lugar, de implementarse el arbitraje como alternativa de la justicia administrativa, no caben dudas de que éstos se multiplicarían considerablemente. Y aquí puede encontrarse una explicación funcional al distinto enfoque que posee nuestra idiosincrasia respecto de los arbitrajes internacionales. Estos últimos son infinitamente menores en número y, generalmente, terminan contando con el apoyo y representación del país a través de firmas legales extranjeras.

Implementar el arbitraje doméstico podría implicar una reeducación de todo el cuerpo de abogados del Estado y, en tal sentido, no puede dejar de señalarse que esta situación –de no ser muy delicadamente

---

manejada y administrada– podría implicar indefensión para el Estado. En todo caso, debería abordarse como un proceso gradual y progresivo.

Por último, también sería necesario establecer pautas claras de independencia de los árbitros. Es de presumir que la mayoría de los profesionales versados en Derecho Administrativo que podrían ser designados como árbitros tendrán a su vez intereses contrapuestos con el Estado a partir de los casos que llevan como abogados en representación de sus clientes. Desde esta perspectiva, tratándose la Administración de un sujeto –prácticamente– omnipresente en la esfera del Derecho Público, los conflictos de interés se podrían multiplicar al infinito de no existir una regulación muy clara y específica. Aquí habría que cuidar muchísimo un equilibrio a efectos de no terminar en un esquema de árbitros fijos o permanentes dado que entonces también se perdería una de las facetas propias del arbitraje (especialización de los árbitros) para terminar convirtiendo –en sustancia– a un cuerpo de profesionales habilitados prácticamente en un tribunal administrativo permanente.



CAPÍTULO 4  
LA SENTENCIA\*

- Art. 40** *Decisión por sentencia.* La controversia, en la medida en que no se haya resuelto de otra forma, se decidirá por sentencia. La sentencia se pronuncia sobre todas las pretensiones de las partes (*ne infra petita*). La sentencia sólo podrá fundamentarse en los hechos y resultados probatorios sobre los cuales las partes hayan podido pronunciarse.
- Art. 41** *Fallos.* La sentencia se pronunciará sobre uno de los siguientes puntos:
- a) Inadmisibilidad de la demanda sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16.
  - b) Estimación o desestimación de la demanda.
- Art. 42** *Contenido del fallo estimatorio:*
- (1) Cuando la sentencia estimase la demanda, el tribunal, según la pretensión del recurrente:
    - a) anulará total o parcialmente el acto o reglamento impugnado;
    - b) condenará a emitir un acto o reglamento o realizar otra actuación, incluyendo dar una cosa o efectuar un pago;
    - c) condenará a no hacer;
    - d) declarará la existencia o inexistencia de una situación jurídica.
  - (2) Si el acto administrativo fue ya ejecutado, el tribunal a solicitud de parte puede ordenar también que la autoridad administrativa restablezca la situación anterior a la ejecución.
  - (3) La sentencia debe pronunciarse sobre los daños y perjuicios, si han sido reclamados.

\* Arts. 40 a 44 comentados por CARLA HUERTA.

**Art. 43 *Forma de la sentencia:***

- (1) En la sentencia se indicarán los fundamentos de hecho y de derecho conducentes a la decisión. El tribunal debe responder las alegaciones planteadas por las partes.
- (2) Conforme al principio de la celeridad, el juez debe dictar sentencia en un plazo breve.
- (3) La sentencia incluirá el lugar, la fecha, el nombre y firma de los miembros del tribunal, así como una síntesis clara y precisa de las principales actuaciones procesales.
- (4) La notificación de la sentencia, que está a cargo del tribunal, indicará las vías y plazos de la demanda.

**Art. 44 *Efectos de la sentencia.*** La anulación de un acto individual o de un reglamento tiene efecto *erga omnes*. Por regla general tiene efecto retroactivo, sin perjuicio de la posibilidad por el juez de modular estos efectos por razones de interés público e intereses individuales.

*Resumen:* Utilizando el método de Derecho Comparado se analizan las disposiciones del Código relativas a la sentencia a la luz del Derecho mexicano y los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evaluar su pertinencia en un sistema jurídico específico.

*Palabras clave:* sentencia estimatoria, congruencia y completitud, legalidad, plazo breve, retroactividad.

## **1. Introducción**

En este comentario se hace un estudio comparativo de la regulación de las disposiciones sobre la sentencia en materia de justicia contencioso-administrativa previstas en el Código Modelo de la Jurisdicción Administrativa (en adelante el Código) y el Derecho mexicano, como ejemplo de un sistema jurídico nacional, para identificar sus elementos en la legislación y las posibles contribuciones que dicho Código pudiera aportar. La justicia contencioso-administrativa presenta, por supuesto, distintas particularidades en cada sistema jurídico, por eso solamente se compara con uno específico. Cabe mencionar que a pesar de que las disposiciones del Código indican elementos transnacionalmente acep-



tables de una protección judicial efectiva de las personas, las relativas a la sentencia se elaboraron con fundamento en lo previsto en la regulación brasileña e italiana.

El objeto de este Código es servir de punto de referencia a las legislaciones de los diversos países para regular o adaptar la regulación interna y así fortalecer una tutela jurisdiccional efectiva en materia administrativa. Si bien la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos son similares, pues tienen su fundamento en los mismos principios, pueden variar disposiciones específicas, sobre todo las relacionadas con la organización de la impartición de la justicia administrativa, como por ejemplo en el caso de México, donde hay que considerar que se constituye como un Estado federal<sup>1</sup>.

A continuación, se analizan la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (en adelante LFPCA)<sup>2</sup> y el Código Federal de Procedimientos Civiles (en adelante CFPC)<sup>3</sup>, aplicable de forma supletoria a dicha ley, considerando exclusivamente la parte relativa a la sentencia. Los artículos que se comentan, como parte de un modelo procesal de protección judicial frente al poder público, solamente refieren los elementos que se consideraron como indispensables en relación con la sentencia, su contenido, la forma y los efectos que produce la misma. Por lo que, en la medida en que el Código solamente sienta las bases comunes en relación con distintos aspectos de la jurisdicción administrativa, es más general que la legislación mexicana, como se verá más adelante.

Dado que en el Código se enuncian, por lo tanto, las características básicas de la sentencia que se pueden considerar fundamentales para asegurar los derechos de las personas y fortalecer la efectividad del sistema de procuración de justicia administrativa, se incluirán también referencias a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), los cuales han hecho manifiesta la relevancia de asimilar diversos estándares del proceso penal al administrativo.

<sup>1</sup> En este capítulo, sin embargo, solamente se hace la comparación con la regulación federal.

<sup>2</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 1-12-2005.

<sup>3</sup> Publicado en el DOF el 24-2-43.

Los elementos incluidos en este capítulo del Código son conformes con lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) en relación con las garantías y protección judiciales previstas en los artículos 8º y 25 de la misma<sup>4</sup>. Al igual que en el Derecho interno, a nivel interamericano se han desarrollado paulatinamente diversos estándares en relación con las garantías judiciales, el debido proceso legal previsto en el artículo 8.1 y las garantías mínimas en el artículo 8.2<sup>5</sup>. Estas garantías deben respetarse por la autoridad administrativa, pues todo órgano estatal que realice funciones de carácter materialmente jurisdiccional debe emitir resoluciones conforme al debido proceso legal para asegurar la protección de los justiciables<sup>6</sup>.

En relación con la sentencia, en el inciso 1º del artículo 8º de la CADH encontramos, por ejemplo, las garantías relativas a la competencia y la previsión de un plazo razonable<sup>7</sup>. La Corte IDH vincula a este precepto a los órganos que imparten justicia administrativa al sostener que “la nulidad debe resolverse en un ‘plazo razonable’, conforme al artículo 8.1 de la misma”<sup>8</sup>.

## 2. Justicia administrativa

Conviene comenzar por señalar que en México la justicia contencioso-administrativa incluye la materia fiscal, y que en el sistema ju-

<sup>4</sup> Adoptada en la Conferencia Especial de Derechos Humanos de San José de Costa Rica el 22-11-69, publicada en el DOF el 7-5-81. Consultada en [www.dof.gob.mx](http://www.dof.gob.mx), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>.

<sup>5</sup> Corte IDH, “Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 3-5-2016, Serie C, N° 311, párr. 73.

<sup>6</sup> Corte IDH, “Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 8-7-2020, Serie C, N° 406, párr. 119.

<sup>7</sup> Art. 8º – *Garantías judiciales*. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

<sup>8</sup> Corte IDH, “Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 5-8-2008, Serie C, N° 182, párr. 170.

rídico mexicano se encuentran previstos otros medios de defensa como el juicio de amparo, el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA)<sup>9</sup>, y los mecanismos alternativos de solución de controversias que se prevén en los tratados de libre comercio de que México es parte. Razones por las cuales se podría cuestionar la aptitud del Código para satisfacer las necesidades regulativas de la justicia administrativa en México, que además está diseñada para resolver también las cuestiones que se plantean en materia fiscal.

El concepto de justicia administrativa, en sentido amplio, 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. De modo que 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. Sin embargo, dado que en este apartado se comenta la sentencia, solamente se aborda la parte relativa al proceso en sede administrativa, aunque en México las resoluciones administrativas se impugnan jurisdiccionalmente en última y definitiva instancia en sede judicial. En consecuencia, en adelante se hará referencia a la justicia contencioso-administrativa, cuyo objeto es el control de la legalidad de los actos de la autoridad administrativa a efectos de salvaguardar los derechos de las personas que interactúan con la Administración Pública.

La justicia contencioso-administrativa en México, aunque concebida desde su origen como mecanismo mediante el cual los ciudadanos pueden inconformarse de forma efectiva contra actos de autoridad, ha evolucionado desde su implementación como parte de la jurisdicción ordinaria a una configuración autónoma en la actualidad. Como modelo es mixto: objetivo (de mera anulación) y subjetivo (de plena jurisdicción)<sup>10</sup>. El primero tiene la finalidad de controlar la legalidad del acto y restablecer el orden jurídico vulnerado, a efectos de tutelar el Derecho

<sup>9</sup> Publicada en el DOF el 4-8-94.

<sup>10</sup> *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Modelo de jurisdicción contencioso administrativo mixto*, en Tesis: I.4o.A. J/45, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV*, Novena Época, septiembre de 2006, p. 1394.

objetivo. Su finalidad es evaluar la legalidad del acto administrativo y de algunos tipos de normas, y resolver sobre su validez o nulidad<sup>11</sup>. En el segundo, 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 puede condenar a la Administración Pública a restablecerlos y hacerlos efectivos.

El proceso contencioso-administrativo es una primera instancia jurisdiccional. Como juicio es de naturaleza contradictoria e inquisitiva, por lo que el tribunal analiza las pretensiones del demandante que impugna la resolución administrativa y la jurisdicción tiene una función revisora; el objetivo es obtener la nulidad del acto administrativo ilegítimo. Es un derecho del administrado impugnar los actos administrativos que le producen una lesión o daño y actuar contra la arbitrariedad de la autoridad, por lo que, en general, primero se recurre a la vía administrativa, posteriormente a la contencioso-administrativa y en última instancia a la judicial. La jurisdicción constitucional es la última instancia a la que se puede acudir cuando mediante el acto administrativo se hayan producido vulneraciones a los derechos fundamentales.

La justicia administrativa se fundamenta en diversos principios constitucionales que regulan la impartición de la justicia. En materia contencioso-administrativa se sujeta, por lo tanto, a los principios regulatorios del proceso establecidos en la Constitución en términos del principio de legalidad y debido proceso consagrados sus artículos 14 y 16. La Constitución mexicana contiene, sin embargo, otros principios generales expresos, aplicables junto con otros que se infieren mediante una interpretación sistemática de sus preceptos, que operan como guías en la solución de conflictos jurídicos. Los principios constitucionales aplicables a la justicia administrativa están previstos en el artículo 116, fracciones III y V<sup>12</sup>, y en términos generales respecto de la función

<sup>11</sup> De conformidad con el segundo párrafo del artículo 2º de la LFPCA, que se comenta más adelante, solamente procede contra decretos y acuerdos de carácter general.

<sup>12</sup> Estas disposiciones regulan el Poder Judicial y la creación de tribunales de justicia administrativa en las entidades federativas, se refieren a la independencia de los juzgadores, quienes han de ser nombrados con base en su trayectoria de servicios

jurisdiccional en el artículo 17, mismos que son aplicables de manera extensiva a todas las instituciones que administran justicia, ya que en el artículo 17 el concepto de tribunales ha de ser entendido en sentido amplio, para abarcar a todas las instituciones que administran justicia<sup>13</sup>. En consecuencia, en términos de acceso a la justicia, el legislador está obligado a ajustar la regulación de los procesos judiciales y contencioso-administrativos a estas garantías.

El acceso a la justicia, entendido como la posibilidad de acudir a las instancias jurisdiccionales para que resuelvan un conflicto, prevé como garantía de la persona el derecho a contar con una justicia pronta, completa, imparcial, gratuita e independiente. Es un principio constitucional que incluye elementos específicos, como el principio de gratuidad de la justicia, la prestación del servicio de defensoría, así como la previsión de medios alternativos de solución de controversias. La exigencia constitucional de una justicia pronta y expedita implica que los tiempos de la impartición de justicia sean cortos desde el inicio hasta el final del proceso, y que el juez resuelva de forma oportuna, dentro de los plazos y términos.

El principio de integridad o completitud está relacionado con el deber de los jueces de resolver todas las cuestiones que hayan sido planteadas por las partes en el proceso sin dejar de analizar y decidir sobre alguna de ellas. En consecuencia, en México se habla también del principio de exhaustividad, que “impone a los tribunales la obligación de examinar con exhaustividad todas las cuestiones atinentes

prestados con “eficiencia y probidad en la administración de justicia o que lo merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica”.

<sup>13</sup> La jurisprudencia ha señalado que la garantía de acceso a la justicia obliga a todas las autoridades que realizan “actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales”. Acceso a la impartición de justicia. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece diversos principios que integran la garantía individual relativa, a cuya observancia están obligadas las autoridades que realizan actos materialmente jurisdiccionales. Tesis: 2a./J. 192/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209.

al proceso puesto en su conocimiento, y esto se refleja en un examen acucioso, detenido, profundo”<sup>14</sup>.

La imparcialidad es otro principio rector de la toma de decisiones que implica la obligación de actuar con sujeción a la ley, sin favorecer o perjudicar a ninguna de las partes, considerando sus peticiones y argumentos en términos de igualdad. Ésta es una característica fundamental de la función jurisdiccional que conforme al artículo 17 constitucional “significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido”<sup>15</sup>.

Como se puede observar de las tesis y jurisprudencia citadas, estos principios se encuentran estrechamente vinculados, pues un tribunal imparcial ha de ser independiente y autónomo para poder asegurar el acceso a una justicia pronta y expedita.

### **3. Los principios de congruencia y exhaustividad**

La jurisdicción contenciosa es el medio de defensa inmediato frente a actos de autoridad que afectan la esfera jurídica de la persona que asegura la legalidad de su actuar, por lo que se puede decir que los órganos jurisdiccionales en materia administrativa son los garantes del acceso a la justicia administrativa. Su función, como la de los demás órganos jurisdiccionales en México, ha de realizarse de manera independiente, imparcial, pronta, completa y gratuita, y sujetarse al respeto de la legalidad, aspecto fundamental de la impartición de justicia. El respeto a la ley brinda certeza sobre la aplicación del Derecho, lo que genera confianza en el funcionamiento de las instituciones.

En un Estado de Derecho, una justicia accesible y oportuna, incluye el respeto de las resoluciones emitidas, pues sólo así se puede garantizar la obtención de remedios efectivos en contra de abusos en el ejercicio del poder. De ahí la relevancia de que en las leyes se prevean los

<sup>14</sup> Así se expresa en esta tesis aislada: *Exhaustividad*. Su exigencia implica la mayor calidad posible de las sentencias, para cumplir con la plenitud exigida por el artículo 17 constitucional. Tesis: I.4o.C.2 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 4, marzo de 2014, p. 1772.

<sup>15</sup> Tesis: 2a./J. 192/2007 cit., nota 13.

requisitos fundamentales de las sentencias, y las directivas básicas sobre su forma, contenido y el alcance del fallo.

La sentencia es la resolución que pronuncia un juez para resolver el fondo de un litigio o controversia, lo que implica la terminación normal de un proceso. Es el acto mediante el cual se pone fin al juicio, al menos en su fase de conocimiento. Se entiende por sentencia el “acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello, aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el Derecho concede a un determinado interés”<sup>16</sup>.

El artículo 40 del Código alude a la sentencia como forma normal de terminación de un proceso judicial, y a los principios de congruencia y exhaustividad. El proceso puede concluir de distintas formas, como puede ser el desistimiento del demandante, la satisfacción extraprocesal de las pretensiones, o la caducidad, aunque lo normal es que termine por sentencia<sup>17</sup>. Por eso es que este artículo comienza por indicar que se decide sobre la controversia por sentencia, a menos que se haya resuelto de otra manera.

Que se indique en dicho artículo que la sentencia se ha de pronunciar sobre todas las pretensiones refiere a los principios de congruencia y de completitud o exhaustividad, por eso se indica entre paréntesis el aforismo *ne infra petita*. Estos principios se refieren a la obligación de los jueces de ser congruentes con lo solicitado y de resolver sobre todas las cuestiones planteadas por las partes en el proceso. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha señalado que el principio de justicia completa consiste en “que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> ROCCO, Alfredo, *La sentencia civil*, trad. de Mariano Ovejero, Sylo, México, 1944, p. 51.

<sup>17</sup> Son los ejemplos tomados del Derecho español por Antonio Jiménez-Blanco, en PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 674.

<sup>18</sup> Tesis: 2a./J. 192/2007 cit., nota 13.

Como ya se mencionó, se entiende por exhaustividad la obligación de los órganos jurisdiccionales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, por lo que no deben dejar de pronunciarse sobre algún aspecto que permita evaluar la calidad de la sentencia. De esta manera, se respeta la garantía de acceso efectivo a la justicia y, en particular, el principio de completitud. Es por ello que en el artículo 40 del Código encontramos los principios de congruencia y exhaustividad de las resoluciones, ya que una sentencia tiene que ser congruente con la pretensión o las pretensiones que han planteado las partes en el proceso, y el tribunal debe resolver todas y cada una de las cuestiones planteadas.

En el artículo 50 de la LFPCA no solamente están considerados los principios de congruencia y exhaustividad de las sentencias, sino que incluso se prevé un orden específico para realizar el estudio de los conceptos de impugnación que presenten las partes en el proceso. Este precepto comienza por vincular al juez al principio de legalidad y a que la sentencia resuelva sobre la pretensión del actor que se deduzca de su demanda. Establecer entre los conceptos de impugnación una prelación tiene por finalidad facilitar la decisión hacia una resolución que beneficie al particular que impugne una resolución administrativa, mediante un fallo que declare la nulidad lisa y llana<sup>19</sup>.

Lo anterior supone el análisis jerarquizado o en cascada de los conceptos de impugnación a través de una orientación material. Por lo que el análisis que debe realizar el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (en adelante TFJA)<sup>20</sup> ha de comenzar con los conceptos de impugnación que lleven a una nulidad lisa y llana, pero considerando en primer lugar aquellos con los que el actor lograría un mayor beneficio

<sup>19</sup> En México, las nulidades pueden decretarse de forma lisa y llana, o “para efectos”. En términos generales se puede decir que la diferencia entre estos tipos de nulidad corresponde a la diferencia entre nulidad y anulabilidad, pues en el caso de las nulidades lisas y llanas los vicios del acto son insubsanables, mientras que en los casos de las nulidades para efectos los vicios pueden ser subsanados.

<sup>20</sup> El TFJA se crea con fundamento en la ley expedida por el Congreso de la Unión según lo dispuesto en el inciso H, de la fracción XXIX del artículo 73 de la Constitución federal en 2015. Reformado mediante decreto publicado en el DOF el 27-5-2015.



jurídico<sup>21</sup>. En este punto la LFPCA, a semejanza de otras disposiciones del sistema jurídico mexicano que tienen por objeto procurar un mayor beneficio para el actor, es coherente con la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos, aspecto que no se toma en cuenta en el Código<sup>22</sup>.

#### 4. Sentido de la resolución

A continuación, el artículo 41 del Código se ocupa del sentido de las sentencias, que puede ser la inadmisibilidad o bien, de ser admitida, la estimación o desestimación de la demanda. En otras palabras, este Código establece en primer lugar si la demanda es improcedente o procedente, respectivamente. En el primer caso, se debe indicar en consecuencia que es inadmisibile, por lo que no se iniciará el juicio contencioso-administrativo, mientras que en el segundo se iniciará éste y en la resolución definitiva se ha de indicar la estimación o desestimación de la demanda.

El precepto propuesto es consistente con la práctica y la doctrina, pues como señala Jiménez Blanco, los fallos pronunciados por la sentencia son la inadmisibilidad, o bien cuando se entra al fondo, desestimar la demanda si el acto o disposición administrativa se ajusta a Derecho, o estimarla cuando incurra en alguna forma de infracción del sistema jurídico<sup>23</sup>.

En relación con la inadmisibilidad, el inciso a, de este artículo indica que se puede fallar en este sentido sin perjuicio de lo previsto en el artículo 16 del propio Código, que menciona otras decisiones que puede tomar el juzgador y que ponen fin a un proceso sin emitir

<sup>21</sup> Cfr. Tesis: XXII.P.A.24 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, Libro 65, abril de 2019, p. 2116, y Tesis IV.2o.A.52 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, noviembre de 2003, p. 946.

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, en el artículo 189 de la Ley de Amparo, se prevé que el órgano jurisdiccional proceda al estudio de los conceptos de violación atendiendo a su prelación lógica y privilegiar el estudio de aquellos que redunden en el mayor beneficio para el quejoso.

<sup>23</sup> Son los ejemplos tomados del Derecho español por Antonio Jiménez-Blanco, en ob. cit., nota 17, p. 674.

una sentencia<sup>24</sup>. En este capítulo, sin embargo, el Código habla de dos opciones: no dar trámite a la demanda por ser inadmisibles, y resolver sobre el fondo, ya sea de manera estimatoria o desestimando la pretensión, aunque con la remisión al artículo 16 incluye otras posibilidades, por lo que a continuación se comenta la improcedencia y el sobreseimiento.

Las disposiciones a que se refiere este artículo se regulan en la LFPCA en el Capítulo II, *De la improcedencia y del sobreseimiento*. Se denomina “improcedencia” la decisión mediante la que se determina la no admisión de la demanda por alguna de las causales previstas en el artículo 8° de la LFPCA, sin entrar al fondo del asunto. En la jurisprudencia se ha indicado que la improcedencia “...se erige como la ausencia de soporte legal, cuyo efecto es impedir el estudio de la cuestión sustancial propuesta, al no estar satisfechas las condiciones que permiten llevar a cabo ese análisis, cuyos supuestos se enuncian en el artículo 8° de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”<sup>25</sup>. De modo que, en el caso de resolver la improcedencia, la decisión implica determinar que no se iniciará el procedimiento contencioso-administrativo.

Cuando el proceso no termina con una sentencia, se produce una terminación anormal. Ésta tiene lugar cuando se dan determinadas circunstancias que provocan la terminación del procedimiento sin que se pronuncie la autoridad sobre el fondo. Puede ser consecuencia de simples hechos en los que no interviene la voluntad de la persona como, por ejemplo, la muerte del interesado, en el supuesto de que produzca la extinción del procedimiento. Pero también puede resultar de actos en los que interviene la voluntad humana, en estos casos se puede hablar de auténticos actos jurídicos que tienen como efecto jurídico la terminación del proceso<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Art. 16 – *Decisiones no colegiadas*. El presidente del tribunal o un magistrado competente puede decidir en los siguientes casos: homologación de desistimientos; extinción del objeto del litigio; declaración de la caducidad de la acción; desestimación de demandas evidentemente inadmisibles; litigios idénticos, en cuanto a la solución jurídica y a los hechos principales, a otro anteriormente juzgado por sentencia firme.

<sup>25</sup> Tesis: III.6o.A.30 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 78, septiembre de 2020, p. 982.

<sup>26</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Procedimiento administrativo federal*, 2ª ed. Porrúa-UNAM, México, 2000, ps. 157 y 158.

La improcedencia y el sobreseimiento se pueden considerar como formas de terminación anormal del proceso, precisamente porque no se resuelve el fondo del asunto. La improcedencia es la institución jurídica procesal que, en virtud de lo dispuesto en la ley, tiene por efecto que se deseche la demanda o se decrete el sobreseimiento, sin resolver la cuestión controvertida planteada en la demanda. El sobreseimiento se produce por resolución judicial que “declara que existe un obstáculo jurídico o de hecho que impide la decisión sobre el fondo de la controversia”<sup>27</sup>. Por lo que en virtud de que en el sobreseimiento no se resuelve sobre el fondo de la controversia, en tanto no prescriba el derecho subjetivo o no precluya el ejercicio de la acción, se puede interponer nuevamente la demanda respectiva.

El sobreseimiento implica la terminación del juicio sin entrar al fondo del asunto y se dicta una vez que el procedimiento ya ha sido determinado procedente y se encuentra en trámite, por lo que no es consistente con la inadmisibilidad, ni con la desestimación en términos del artículo 40 del Código. Refiere a otro supuesto, ya que la demanda fue admitida, pero no resuelta con una sentencia. Para dictar resolución en los casos de sobreseimiento por alguna de las causas previstas en el artículo 9º de la LFPCA no es necesario que se hubiese cerrado la instrucción. De conformidad con este precepto, el sobreseimiento del juicio puede ser total o parcial y procede por desistimiento del demandante; cuando durante el juicio aparezca o sobrevenga alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el artículo 8º; en el caso de que el demandante muera durante el juicio si su pretensión es intransmisible o si su muerte deja sin materia el proceso; si la autoridad demandada deja sin efecto la resolución o acto impugnados, siempre y cuando se satisfaga la pretensión del demandante; si el juicio queda sin materia, así como en los demás casos en que por disposición legal haya impedimento para emitir resolución en cuanto al fondo.

Las causas de improcedencia y de sobreseimiento son de un estudio preferente a cualquier otro supuesto en el juicio contencioso administrativo. Se debe realizar de oficio porque no hacerlo implicaría el es-

<sup>27</sup> UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Rep-Z, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1984, t. VIII, ps. 145, 147.

tudio de cuestiones de fondo sin que se encuentre justificada su procedencia, lo que podría ser procedente en otra vía, como en juicio de amparo. En estos casos, el TFJA debe, de oficio, analizar la procedencia del juicio contencioso-administrativo y el sobreseimiento constituye un fallo que concluye la instancia y justifica no entrar al análisis de los conceptos de nulidad sin que esto implique una denegación de justicia. En otras palabras, el sobreseimiento es plenamente compatible con la garantía de acceso a la jurisdicción del actor, quien de conformidad con la jurisprudencia debe tener el cuidado y la diligencia de escoger la vía adecuada para hacer valer sus derechos, así como los plazos y términos que tiene para interponer su demanda<sup>28</sup>.

En ese orden de ideas, en estos casos es dable dictar el sobreseimiento del procedimiento y, en su caso, tanto la improcedencia dictada en un primer momento como el sobreseimiento son sentidos posibles de las sentencias del TFJA que se encuentran regulados en la ley de una forma más completa que en el Código, pero de manera acorde.

## 5. Contenido de los fallos

En relación con el contenido de las resoluciones dictadas, el artículo 42 del Código comienza por señalar que la sentencia estimatoria puede anular total o parcialmente el acto o reglamento impugnado. Éste es el punto de partida, en virtud de que se trata de un juicio de nulidad cuyo objetivo es revisar la legalidad de un acto de autoridad que se considera que causa una afectación a los particulares que se inconforman. Como señala Gordillo, en un proceso de plena jurisdicción, procedente para la defensa del derecho subjetivo, esto es, de una pretensión exclusiva a una persona, las facultades son amplias, por lo que “puede anular total o parcialmente el acto, disponer otra cosa en su lugar, otorgar indemnización, etcétera”<sup>29</sup>. De modo que se pueden prever otras cuestiones en la sentencia, como se verá a continuación.

<sup>28</sup> Tesis: 1a. CLXXX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Libro 61, diciembre de 2018, p. 381, y Tesis: III.6o.A.30 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 78, septiembre de 2020, p. 982.

<sup>29</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2004, t. II, ps. 425 y 426.

Lo previsto en este artículo del Código en relación con el contenido del fallo estimatorio se encuentra en el artículo 52 de la LFPCA, del cual procedo a hacer un análisis comparativo con lo establecido en el Código.

Las fracciones I y II del artículo 52 citado corresponden a lo comentado sobre el artículo 41.b, del Código sobre la estimación o desestimación de la demanda, y además prevén que la sentencia definitiva puede reconocer la validez o declarar la nulidad de la resolución impugnada, aunque la fracción segunda ya corresponde al artículo 42.1.a, del Código, que refiere a la posibilidad de anular total o parcialmente el acto o reglamento impugnado. De modo que, una vez celebrada la audiencia, la legislación mexicana prevé que la sentencia que se dicte pueda declarar la nulidad del acto combatido o reconocer su validez. El contenido de la sentencia puede, por lo tanto, resultar en la subsistencia del acto impugnado, ya sea porque no se entró al fondo del asunto (que es el caso del sobreseimiento de juicios), o bien porque después de estudiarse el fondo del asunto se reconoce la validez del acto impugnado. El Código en el artículo 42, sin embargo, alude solamente a la sentencia que tiene por efecto la anulación del acto impugnado.

Lo previsto en el artículo 42.1.b, del Código sintetiza de manera general y más abstracta lo establecido en la fracción IV del artículo 52 de la LFPCA, que refiere a las posibilidades de reponer el procedimiento o de emitir una nueva resolución, modificar la cuantía de la resolución administrativa impugnada o reducir el importe de una sanción. No obstante, en el Derecho mexicano, por no ser objeto del juicio, no se podría condenar a emitir un reglamento.

La posibilidad de condenar a no hacer (art. 42.1.c, del Código) no es una opción prevista en el artículo 52 de la LFPCA. No obstante, para asegurar el cumplimiento de las resoluciones del TFJA, en caso de repetición de la resolución anulada, al resolver la queja presentada por la parte afectada, no solamente se anulará la resolución repetida, sino que también se prevendrá a la autoridad responsable de la repetición previniéndole que se abstenga de incurrir en nuevas repeticiones<sup>30</sup>. De

<sup>30</sup> Artículo 52, fracción II, inciso c, de la LFPCA.

esta manera se incluye la posibilidad de condenar a la autoridad a “no hacer” como señala el Código, disposición de la ley que tiene por objeto evitar que se produzcan consecuencias irreparables.

El artículo 52 de la LFPCA establece que además de declarar la nulidad de la resolución impugnada se puede reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa (fracción V, inciso a), pero no se menciona la posibilidad de declarar la inexistencia de una situación jurídica como en el Código. Asimismo, se prevé que se puede condenar a otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos afectados (fracción V, inciso b), que es una formulación más general, pero se puede decir que equivalente a lo indicado en el artículo 42.2 del Código, que se refiere a la posibilidad de restablecer la situación anterior a la ejecución del acto. En el artículo 42.3 del Código se prevé que la sentencia debe pronunciarse sobre los daños y perjuicios que hayan sido reclamados, este precepto tiene su correlato en el inciso d, de esta fracción V del artículo 52 de la ley, que prevé que además de reconocer la existencia de un derecho subjetivo, se puede condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

De modo que el legislador mexicano ha cubierto los elementos mínimos incluidos en el Código en relación con el contenido de una sentencia estimatoria. Aunque la regulación del contenido del fallo en la ley es aún más amplia, pues lo previsto en el artículo 52 comentado se complementa con lo establecido en el artículo 57 de la LFPCA, que regula con detalle las conductas por parte de la autoridad administrativa que se siguen de la declaratoria de nulidad<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> “...Ahora, la declaratoria aludida puede implicar: A) la emisión de un nuevo acto en el que se subsanen los vicios de ilegalidad detectados (ya sean formales, procedimentales o de fondo, que deriven del ejercicio de facultades regladas o en respuesta a una instancia promovida por un particular); B) libertad para ejercer facultades, ya sea que confiera cierto arbitrio (con libertad para apreciar o adjudicar consecuencias) o de naturaleza netamente discrecional de la autoridad, actualizándose un supuesto de nulidad (lisa y llana), con la alternativa para dictar otro acto, purgando infracciones o consecuencias, aunque sujeto al plazo legalmente establecido (cuatro meses o un mes para la vía sumaria); C) la nulidad lisa y llana o absoluta, que imposibilita a la autoridad demandada para reiterar aspectos cuando, efectiva y pun-

Por lo que se puede apreciar, el contenido de la sentencia cuando ésta declara la nulidad puede ser muy diverso, lo que puede llegar a provocar una cierta perplejidad porque en todos los casos se determina la nulidad del acto de autoridad, aunque no siempre con los mismos resultados. La diversidad de contenidos posibles del fallo previstos en la legislación mexicana depende de las variables que se presenten en el caso concreto, tales como el grado de ilegalidad detectado, el contexto en el que se originaron tanto el acto impugnado como la sentencia, y las consecuencias o alternativas que la ley prescribe para cada uno de los casos. Sin embargo, hay que recordar que el ámbito del Derecho Administrativo en México es muy amplio y abarca temas variados, como marcas y derechos de autor, minería, transporte, o telecomunicaciones, por ejemplo. Todas estas materias son además de un alto grado de especialidad y cuentan con una regulación igualmente específica, lo que impide asignar una consecuencia jurídica única a la determinación de nulidad por parte del TFJA.

La complejidad de la justicia contencioso-administrativa en México incluso ha llevado a la regulación específica de los requisitos mínimos de los juicios derivados de la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado<sup>32</sup>. Es evidente, sin embargo, que toda esta complejidad, así como el grado de especialidad de las materias, no puede ser considerada en un Código Modelo que solamente propone los lineamientos para una regulación general que incluya los elementos indispensables para que se pueda generar una base común de garantía en el proceso contencioso-administrativo.

## 6. Forma de la sentencia

En relación con la forma de la sentencia, en el artículo 14 de la Constitución mexicana se encuentran los lineamientos generales a los cuales deben adecuarse las sentencias, las cuales, en su carácter de

tualmente, sean cosa juzgada o temas decididos definitivamente; o, D) precisar medidas de reparación, indemnización o restitución acordes con la lesión o agravio causado a derechos específicos...” Tesis: I.4o.A. J/4 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, Libro 71, octubre de 2019, p. 3350.

<sup>32</sup> Publicada en el DOF el 31-12-2004.

normas individualizadas y actos de autoridad, de conformidad con el principio de legalidad se han de fundar en derecho y motivar en los hechos. Por lo que los juzgadores deben resolver con apego a las leyes y a los planteamientos de las partes sin preferencias o distinciones para que se pueda afirmar que se satisface el derecho a una justicia expedita e imparcial. En este precepto se encuentran también la garantía de no retroactividad en perjuicio de persona alguna, el derecho o garantía de audiencia, y la garantía de aplicación de la ley en las resoluciones judiciales conforme “a la letra o a la interpretación jurídica de la ley”<sup>33</sup>.

La LFPCA no prescribe la manera en que debe realizarse la sentencia, aunque los principios de legalidad y celeridad considerados en el artículo 43 del Código se encuentran en los artículos 14, 16 y 17 constitucionales que conforman el derecho al acceso a una justicia pronta y expedita, y que rigen la justicia administrativa. Por lo que, de conformidad con el artículo 1º de esta ley, a falta de disposición expresa se ha de aplicar de manera supletoria el CFPC, siempre y cuando no se contravengan las disposiciones del juicio contencioso-administrativo<sup>34</sup>. La regulación de la forma de la sentencia se encuentra en los artículos 219 y 222 del CFPC.

En el Código se establecen, en cambio, elementos específicos relativos a la forma de las sentencias en su artículo 43, que además de los principios de legalidad y celeridad, incluye los elementos formales mínimos de contenido, como son “el lugar, la fecha, el nombre y firma de los miembros del tribunal, así como una síntesis clara y precisa de las principales actuaciones procesales”, y los relacionados con la notificación de la sentencia a cargo del tribunal que debe indicar “las vías y plazos de la demanda”. En esta disposición se aborda también el tema de la oportunidad de la resolución, pues para que se pueda considerar como justicia el Derecho Procesal Administrativo debe proveer regulación que garantice la resolución pronta y oportuna de los procesos.

<sup>33</sup> Comentario al artículo 17 constitucional, FIX ZAMUDIO, Héctor y FIX FIERRO, Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, coord. por Soberanes, 21ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2021, p. 121.

<sup>34</sup> Art. 1º de la LFPCA.



El Código comienza por incluir aquí un elemento fundamental al establecer los requisitos que definen el principio de legalidad y que en México se expresa comúnmente en la práctica como la obligación de “fundar y motivar”, que se encuentra prevista en el artículo 16 constitucional<sup>35</sup>. Se debe motivar, esto es justificar, la decisión en los hechos y fundar en el Derecho aplicable al caso; en estos términos se encuentra previsto en la LFPA<sup>36</sup>. Este requisito también está previsto de manera expresa en el artículo 219 del CFPC, al igual que los requisitos de incluir el lugar, la fecha y la firma de quien dicte la sentencia. En el artículo 222 del CFPC se prevé la obligación de resolver con precisión “los puntos sujetos a la consideración del tribunal”.

La Corte IDH ha establecido que “...el deber de motivar las decisiones es una garantía que se desprende del artículo 8.1 de la Convención, vinculada a la correcta administración de justicia, pues protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra y da credibilidad a las decisiones jurídicas en una sociedad democrática”<sup>37</sup>. La función de la motivación es salvaguardar el derecho a un debido proceso, pues ésta demuestra a las partes que han sido oídas, y cuando las decisiones sean recurribles les proporciona elementos para cuestionar la resolución, pues la motivación “es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”<sup>38</sup>. La sentencia, como corresponde, debe estar debidamente fundada incluso en el ámbito administrativo, así lo reconoce la Corte IDH al señalar que “...la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe per-

<sup>35</sup> En el artículo 16 constitucional se encuentran elementos del principio de legalidad, y prevé que todo acto debe ser emitido por la autoridad competente, y ha de estar fundado y motivado.

<sup>36</sup> El artículo 3º dispone que son elementos y requisitos del acto administrativo la competencia y que el acto reúna las formalidades para emitirlo (fracción I), y “estar fundado y motivado” (fracción V).

<sup>37</sup> Corte IDH, “Caso Moya Solís vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 3-6-2021, Serie C, Nº 425, párr. 83.

<sup>38</sup> Corte IDH, “Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 5-8-2008, Serie C, Nº 182, párr. 78; “Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 3-5-2016, Serie C, Nº 311, párr. 87.

mitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”<sup>39</sup>.

De modo que se puede decir que tanto el Código como la LFPCA son conformes con la CADH y que contienen los elementos indispensables para emitir las sentencias, dejando a la vez en manos de los tribunales los detalles específicos, los cuales usualmente se encuentran en las sentencias de todos los tribunales expresados en México en “los resultandos” (los hechos del caso), “los considerandos” (los argumentos jurídicos) y los puntos resolutivos.

En el artículo 43.4, sin embargo, llama la atención que el Código hace referencia a la notificación de la sentencia en la parte que dice que “indicará las vías y plazos de la demanda”, con lo que quizá se refiera a que en los puntos resolutivos se debe indicar tanto el plazo en que la sentencia debe cumplirse como los medios y plazos para su aclaración o impugnación.

El artículo 43.2 del Código hace referencia al principio de celeridad que se puede encontrar en su artículo 26.1<sup>40</sup>, éste se expresa en México como de “prontitud y expeditéz”, que es la fórmula resultante de la garantía de acceso a la justicia prevista en el artículo 17 constitucional. La relevancia de este principio se puede percibir en el hecho de que, en materia de justicia administrativa, se utilizan los criterios de prontitud y expeditéz al evaluar la constitucionalidad de las leyes de la materia en cuanto a los términos y plazos establecidos, la forma de las notificaciones o las causales de sobreseimiento, siempre con la finalidad de asegurar la oportuna resolución del conflicto. El contenido del principio de celeridad en términos del Código es la obligación de impulsar “los trámites y peticiones pertinentes en todas las etapas del

<sup>39</sup> Corte IDH, “Caso Casa Nina vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 24-11-2020, Serie C, N° 419, párr. 89.

<sup>40</sup> Art. 26 – *Principio de celeridad*: (1) El tribunal actúa en el proceso según el criterio de celeridad. Impulsa los trámites y peticiones pertinentes en todas las etapas del proceso, con el fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial. (2) Para acelerar el proceso, el Tribunal puede imponer a las partes un plazo de alegaciones. El tribunal puede rechazar alegaciones y medios de prueba que fuesen presentados con retraso no justificado, si su admisión entorpeciese la finalización del litigio y no los considerase esenciales para la resolución de la causa.

proceso, con el fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial”, que también hace referencia a la necesidad de contar con plazos para hacer alegaciones, y la facultad para “rechazar alegaciones y medios de prueba que fuesen presentados con retraso no justificado”.

El principio de celeridad, incluido tanto en el Código como en la LFPCA, es de gran relevancia, pues como señala la Corte IDH, “el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”<sup>41</sup>. No obstante, no existe una regla general para determinarlo, pues como la Corte IDH sostiene, “la evaluación del plazo razonable se debe analizar en cada caso concreto, en relación con la duración total del proceso”<sup>42</sup>, “desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”<sup>43</sup>. Para determinar si se ha cumplido con esta garantía, la Corte IDH ha señalado que se han de analizar la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales, y la afectación generada en la situación jurídica de la persona afectada<sup>44</sup>.

## 7. Efectos de la sentencia

En relación con los efectos de la sentencia hay dos aspectos a considerar: su alcance, que en el artículo 44 del Código se prevé como *erga omnes*, y que sean retroactivos. Así, la propuesta del Código indica que la anulación del acto administrativo individual o de un

<sup>41</sup> Corte IDH, “Caso Moya Solís vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 3-6-2021, Serie C, N° 425, párr. 98.

<sup>42</sup> Corte IDH, “Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 21-11-2019, Serie C, N° 394, párr. 135.

<sup>43</sup> Corte IDH, “Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 18-11-2020, Serie C, N° 417, párr. 122.

<sup>44</sup> Corte IDH, “Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 15-7-2020, Serie C, N° 407, párr. 223.

reglamento ha de tener efectos *erga omnes*, y que “[p]or regla general tiene efecto retroactivo, sin perjuicio de la posibilidad por el juez de modular estos efectos por razones de interés público e intereses individuales”.

En esta propuesta se menciona que la anulación procede también contra reglamentos, sin embargo, en México, el segundo párrafo del artículo 2° de la LFPCA establece en relación con el objeto de la anulación que es procedente “...contra los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación”. De manera que la ley excluye expresamente a los reglamentos, por lo que el efecto de la anulación de un acto administrativo en México depende del caso concreto<sup>45</sup>.

Cabe mencionar que después de las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y juicio de amparo<sup>46</sup>, se amplió el espectro de este mecanismo procesal para proteger de una forma más efectiva los derechos humanos con miras a una dimensión colectiva o difusa. Esto, sin embargo, no ha implicado modificación alguna al principio de relatividad de las sentencias, ni siquiera tratándose de medios de control de la constitucionalidad como es el juicio de amparo. Los únicos medios de control de constitucionalidad en México que pueden producir efectos *erga omnes* son la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la declaratoria general de inconstitucionalidad<sup>47</sup>, y para que se produzcan se han de satisfacer requisitos

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, si el acto administrativo consiste en la cancelación de una concesión minera porque el concesionario faltó a su obligación de ejecutar obras y trabajos conforme al artículo 27, fracción I, de la Ley Minera, de ser el caso que la autoridad que dictó el acto administrativo carecía de facultades para ello, esto sólo puede beneficiar al concesionario, por lo que incluso la autoridad administrativa competente si aún cuenta con las facultades puede iniciar el procedimiento para imponer la sanción correspondiente. Esto es distinto de la determinación de nulidad lisa y llana de un acuerdo de delegación de facultades con base en el cual se ha realizado un acto de molestia a un particular, ya que la nulidad lisa y llana implicaría que esta disposición administrativa de carácter general no pueda volver a aplicarse en ningún caso y en ese sentido podría determinarse que tenga efectos *erga omnes*.

<sup>46</sup> Reformas en materia de derechos humanos y juicio de amparo publicadas en los DOF de junio de 2011.

<sup>47</sup> El procedimiento de la declaratoria mencionada se encuentra regulado en la

específicos que no podrían presentarse en una sentencia administrativa ordinaria. Es más, los efectos generales ni siquiera se dan en todos los casos, esto depende de que la resolución sea aprobada por una mayoría calificada.

La retroactividad de la ley está prohibida en México en perjuicio de persona alguna en el artículo 14 constitucional, pero puede considerarse cuando genera un beneficio en términos de lo previsto por la jurisprudencia dependiendo de la materia, por lo que se habla del “principio de retroactividad de la norma más favorable”<sup>48</sup>. El artículo 9º de la CADH prevé el principio de retroactividad que puede aplicarse de manera análoga a la materia administrativa en lo conducente<sup>49</sup>.

Por lo que a la retroactividad de las sentencias se refiere, ni siquiera la declaratoria general de inconstitucionalidad, que por su naturaleza se puede asimilar a la sentencia, podría producir dichos efectos. Así lo establece el último párrafo del artículo 234 de la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>50</sup>, que prevé que “...Los efectos de estas declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, por lo que solamente en materia penal puede tener efectos retroactivos en beneficio de alguien. La jurisprudencia tampoco puede aplicarse retroactivamente, como se aprecia en el último párrafo del artículo 217 del mismo ordenamiento, que

fracción III del artículo 107 constitucional. Cabe mencionar que desde su incorporación al sistema jurídico en 2011 pocos asuntos han llegado a ser analizados en esta vía y a la fecha sólo se ha emitido una sola declaratoria, además de que no procede en materia tributaria, que es competencia de los tribunales administrativos.

<sup>48</sup> Así se ha previsto en materia fiscal por ejemplo en la tesis: *Principio de retroactividad de la norma posterior más favorable*. Procede aplicarlo en beneficio del gobernado cuando la nueva disposición deja de considerar antijurídica la conducta sancionada con multa fiscal. Tesis: 2a./J. 22/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, Libro XIX, abril de 2013, p. 1321.

<sup>49</sup> Art. 9º – *Principio de legalidad y de retroactividad*. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

<sup>50</sup> Publicada en el DOF el 2-4-2013.

establece que la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, aunque la jurisprudencia ha establecido que “cuando se trate de una persona moral oficial, el juzgador tendrá que analizar la naturaleza del asunto y el carácter con el que ésta comparece”<sup>51</sup>.

No obstante, debemos tener presente que hoy en día los efectos *erga omnes* y la retroactividad de las sentencias, especialmente en materia administrativa, se encuentran en un proceso de reinterpretación por parte de los órganos jurisdiccionales en México. La doctrina administrativa también se mantiene dividida en cuanto al alcance que debe darse a las sentencias administrativas, pero sigue sin establecerse aún un pronunciamiento uniforme que lleve a un cambio en la interpretación actual operante en el sistema jurídico mexicano. La Primera Sala de la Suprema Corte, sin embargo, ya ha reconocido la necesidad de reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias de amparo<sup>52</sup>. De la interpretación hecha en dicha tesis aislada se puede apreciar que, si bien no se determina de forma precisa el establecimiento de efectos *erga omnes*, sí se señala que de una reinterpretación podrían extenderse en materia de amparo “indirectamente y de manera eventual” los beneficios a terceros ajenos a la controversia.

En síntesis, se puede decir que en México, en relación con la determinación de efectos *erga omnes*, se sigue el razonamiento que considera que la justicia ordinaria no puede decidir sobre cuestiones o casos en abstracto, pero se pueden prever en algunos casos en resoluciones derivadas de medios de control de la constitucionalidad, los cuales sólo pueden ser declarados por el pleno de la Suprema Corte cuando actúa como tribunal constitucional.

<sup>51</sup> *Jurisprudencia*. Contenido y alcances de la expresión “persona alguna” prevista en el último párrafo del artículo 217 de la Ley de Amparo, Tesis: 2a./J. 128/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 36, noviembre de 2016, p. 1428.

<sup>52</sup> Por esa razón, recientemente la Primera Sala ha reconocido que mantener la interpretación tradicional de dicho principio “acabaría frustrando la finalidad sustantiva del juicio de amparo: la protección de todos los derechos fundamentales”. *Principio de relatividad*. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, Tesis: 1a. XXI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2018, p. 1101.

## 8. Conclusiones

Es evidente que, en relación con la regulación de la sentencia, su forma, contenido y efectos en materia administrativa, el análisis de lo previsto en el Derecho mexicano en esta materia refleja no solamente la tradición y la cultura jurídica mexicana, que comparte numerosos elementos con otros sistemas jurídicos, sino que también es conforme con diversos estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que en la actualidad se consideran como indispensables para garantizar el acceso a la justicia, y que se encuentran previstos en el Código como elementos básicos.

El derecho a una protección judicial efectiva está vinculado de manera estrecha con el Estado de Derecho, por lo que los Estados no solamente han de apegarse a lo previsto en el Código, sino ir más lejos en términos de garantizar los derechos fundamentales de las personas que se relacionan con la Administración Pública. Cumplir con los principios constitucionales de acceso a la justicia administrativa de forma pronta, expedita, completa, imparcial, independiente y autónoma no se agota con la resolución de los juicios promovidos ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, sino que en América Latina además ha de ajustarse a lo establecido en el corpus iuris interamericano.

## Bibliografía

- FIX ZAMUDIO, Héctor y FIX FIERRO, Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, coord. por Soberanes, 21ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2021.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Procedimiento administrativo federal*, 2ª ed., Porrúa-UNAM, México, 2000.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2004, t. II.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1990.
- ROCCO, Alfredo, *La sentencia civil*, trad. de Mariano Ovejero, Sylo, México, 1944.

Tesis: IV.2o.A.52 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, noviembre de 2003.

Tesis: 1a. CLXXX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 61, diciembre de 2018.

Tesis: 1a. XXI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2018.

Tesis: 2a./J. 128/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 36, noviembre de 2016.

Tesis: 2a./J. 22/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, Libro XIX, abril de 2013.

Tesis: I.4o.A. J/4 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, Libro 71, octubre de 2019.

Tesis: III.6o.A.30 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 78, septiembre de 2020.

Tesis: XXII.P.A.24 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, Libro 65, abril de 2019.

Tesis: 2a./J. 192/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007.

Tesis: I.4o.C.2 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 4, marzo de 2014.

*Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Modelo de jurisdicción contencioso administrativo mixto*, en Tesis: I.4o.A. J/45, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV*, Novena Época, septiembre de 2006.

UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1984, t. VIII, Rep-Z.

## *Jurisprudencia*

### *Corte IDH*

“Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, N° 182.

“Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 21 de noviembre de 2019, Serie C, N° 394.



- “Caso Casa Nina vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 24 de noviembre de 2020, Serie C, N° 419.
- “Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C, N° 407.
- “Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 3 de mayo de 2016, Serie C, N° 311.
- “Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 18 de noviembre de 2020, Serie C, N° 417.
- “Caso Moya Solís vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 3 de junio de 2021, Serie C, N° 425.
- “Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 8 de julio de 2020, Serie C, N° 406.



## TÍTULO V

### MEDIDAS CAUTELARES\*

#### **Art. 45 Tutela de urgencia:**

- (1) El tribunal puede otorgar una tutela de urgencia. El tribunal debe adoptar todas las medidas provisionales de naturaleza conservatoria o satisfactoria y cualquier otra necesaria para garantizar la efectividad de la tutela judicial.**
- (2) Las medidas cautelares se otorgarán de manera preferente y sumaria, cuando haya una duda seria en cuanto a la legalidad de la actuación (*fumus boni iuris*), y la tutela sea urgente (*periculum in mora*), ponderando los intereses públicos y privados.**

El Título V del Código Modelo de la Jurisdicción Administrativa (CMJA) se ocupa de las medidas cautelares, pudiendo considerarse la tutela cautelar como una tutela judicial efectiva de derechos subjetivos e intereses legítimos<sup>1</sup>. La tutela judicial efectiva se acentúa todavía más en este CMJA si se tiene en cuenta que se reconoce en su artículo 21, en el ámbito del Título IV que se ocupa del proceso, y encabezando los principios procesales que los redactores de este Código han considerado debían incluirse como tales. En la actualidad, la tutela cautelar se ha convertido en un instrumento procesal necesario para que se pueda administrar una justicia pronta y efectiva, en definitiva de calidad<sup>2</sup>. Plantea

\* Arts. 45 y 47 comentados por RICARDO GARCÍA MACHO y art. 46 por RICARDO PERLINGEIRO y LUÍSA SILVA SCHMIDT.

<sup>1</sup> En este sentido véase SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 237.

<sup>2</sup> E. García de Enterría, a la luz de la Constitución española, entiende que la tutela cautelar ha arrumbado los viejos planteamientos que existían, y hoy debe ser

algunas dificultades de ponderación, sin embargo, estas medidas cautelares, puesto que oscilan, por una parte, entre una ampliación de la tutela cautelar que conllevaría en ciertas situaciones una paralización de la Administración, por lo que la salvaguardia del interés general sufriría, especialmente si se utilizasen aquéllas con mala fe, y, por otra parte, lo que ha sido regla general en el Derecho español hasta la ley de 1998<sup>3</sup>, la autotutela ejecutiva, que conllevaba la ejecución inmediata de los actos y normas administrativas, lo cual hacía peligrar en determinadas ocasiones el objeto del litigio, con la consiguiente vulneración de la tutela judicial efectiva y del principio del Estado de Derecho. La búsqueda de una ponderación entre esos dos polos ha estado de manera permanente presente en las discusiones de los redactores de este Código Modelo, si bien debe tenerse en cuenta que el modelo adoptado reduce sustancialmente el privilegio de autotutela ejecutiva de la Administración, a partir del momento en que el artículo 47.1 del CMJA establece que la suspensión es la regla general desde que el interesado lo solicita, a no ser que concurran razones de seguridad pública que una ley debe regular (art. 47.3, CMJA), por lo que el Parlamento decidirá sobre ello, introduciéndose, por tanto, una reserva de ley.

A) En el párrafo primero del artículo 45, CMJA, podrían destacarse tres cuestiones objeto de análisis. En primer lugar, el precepto vincula las medidas cautelares a la efectividad de la tutela judicial, lo cual es una práctica habitual en el Derecho Comparado<sup>4</sup>. En efecto, en el Derecho español la inclusión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el artículo 24.1 de la Constitución española llevó a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a establecer una estrecha

un instrumento de una pronta y efectiva justicia; vid. *La batalla por las medidas cautelares*, 3ª ed. ampl., Thomson & Civitas, Navarra, 2006, ps. 19 y ss., y también en este mismo sentido vid. CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, *in totum*.

<sup>3</sup> Se trata de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

<sup>4</sup> Un sugerente análisis de Derecho Comparado sobre esa vinculación en el Derecho alemán, francés y europeo realiza DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo*, Thomson & Aranzadi, Navarra, 2004, ps. 116 y ss.

relación entre tutela judicial y medidas cautelares<sup>5</sup>, y ha implicado una amplia capacidad del juez para aplicar medidas cautelares<sup>6</sup>, ello a pesar de que la ejecutividad de los actos administrativos sigue siendo una regla primordial en el funcionamiento de la Administración española<sup>7</sup>, y el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 78/1996, de 20 de mayo, determinó que la ejecutividad de los actos administrativos en términos generales es compatible con la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, CE (FJ 3º)<sup>8</sup>.

También el artículo 19.4 de la Ley Fundamental alemana instituye un derecho fundamental de cualquier persona a la protección de los tribunales frente a los poderes públicos, y muy especialmente la Administración<sup>9</sup>, lo que incluye las medidas cautelares, puesto que la tutela judicial efectiva implica que cuando se dicte una sentencia favorable, el objeto del litigio permanezca intangible, y no que en éste se hayan producido daños irreparables o se hayan consumado los hechos<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Así por ejemplo en las SSTC 14/1992, de 10 de febrero (FJ 7º) y 238/1992, de 17 de diciembre (FJ 3º).

<sup>6</sup> Por todos vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 12ª ed., Thomson & Civitas, Navarra, 2011, ps. 659 y ss., y PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, ps. 1194 y ss.

<sup>7</sup> Críticamente sobre la excesiva e injustificada extensión de la autotutela ejecutiva se manifiesta SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (comentario)*, Iustel, Madrid, 2010, ps. 1263 y s.

<sup>8</sup> Sobre la ponderación entre tutela judicial efectiva y ejecutividad de los actos administrativos vid. GARCÍA MACHO, R. y BLASCO DÍAZ, J. L., voz *Autotutela administrativa*, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, t. I, ps. 301 y ss. y la bibliografía allí citada.

<sup>9</sup> En este sentido véase STERN, K. y BLANKE, H.-J., *Verwaltungsprozessrecht in der Klausur*, 9ª ed., C. H. Beck, Munich, 2008, p. 245, y BARNES VÁZQUEZ, J., *La tutela judicial efectiva en la Constitución alemana*, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (coord.), *La protección jurídica del ciudadano (Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez)*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, p. 431.

<sup>10</sup> Sobre la cuestión véase SOMMERMANN, K.-P., *La justicia administrativa alemana*, en BARNES VÁZQUEZ, J. (coord.), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993, ps. 98 y ss.; SCHOCH, F., comentario al artículo 80, en *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, C. H. Beck, Munich, 1998, p. 6, y GARCÍA MACHO, R., *Acotaciones a la influencia de la justicia administrativa alemana en la jurisdicción contencioso-administrativa española*, en ABERASTURY, P.

En segundo lugar, ese párrafo primero del artículo 45 otorga al juez la capacidad de adoptar cualquier tipo de medidas, y no sólo la suspensión de la ejecución del acto o norma impugnados, que es la medida que el juez toma de manera más habitual. El juez actúa a instancia de parte, de las diversas partes que actúan en el proceso, no sólo del demandante, teniendo libertad tanto unas como otro, a tenor del precepto, para proponer todo tipo de medidas.

En el ámbito del Derecho Comparado en el Derecho español, el artículo 129.1 de la LJCA (“los interesados podrán solicitar [...] cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”) se refiere a la posibilidad de tomar cualquier medida de tipo cautelar, no sólo la suspensión de la ejecución, sino medidas de tipo positivo<sup>11</sup>, lo cual incluye una amplia panoplia de medidas<sup>12</sup>, con planteamientos muy próximos a los del artículo 45.1 del CMJA, si bien en éste las medidas cautelares provisionales se concretan en cuanto hace referencia a medidas de naturaleza conservatoria o satisfactoria, mientras que en el Derecho español no existe esa concreción. Sí existe, sin embargo, esa concreción de medidas en el Código de Justicia Administrativa francés (*Code de Justice Administrative*), dado que menciona las medidas cautelares conservatorias (*référé conservatoire*) de carácter incidental, recogidas en su artículo L. 521-3, que implican según ese precepto la posibilidad de que el juez de urgencia adopte cualquier medida necesaria al margen del proceso principal<sup>13</sup>. Con un contenido muy semejante al de ese

(coord.), *Ley de la Justicia Administrativa alemana*, Abeledo-Perrot/Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2009, ps. 78 y ss.

<sup>11</sup> Por ejemplo las medidas a las que se refiere el artículo 45.1 del Código Modelo, “de naturaleza conservatoria o satisfactoria y cualquier otra necesaria para garantizar la efectividad de la tutela judicial”.

<sup>12</sup> E. García de Enterría y T.-R. Fernández aluden, entre otras, a condenas cautelares de hacer o no hacer, provisión anticipada de una deuda, sustitución de la regulación impugnada por una regulación provisional, etc., en *Curso de Derecho Administrativo II* cit. (cita 6), ps. 662 y s.; en este mismo sentido se manifiesta J. González Pérez, destacando a la luz de la jurisprudencia la existencia de medidas cautelares típicas (existentes en la legislación civil, en la ley del suelo o en la legislación hipotecaria), y también atípicas, o sea adecuadas para hacer efectiva la sentencia que en su día ponga fin al proceso, *Comentario a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (comentario al artículo 129)*, 6ª ed., Thomson & Civitas, Navarra, 2011, ps. 1216 y ss.

<sup>13</sup> Sobre el *référé conservatoire* francés vid. WALINE, J., *Droit Administratif*,

precepto, el artículo 46 del CMJA, que se ocupa del procedimiento en la toma de medidas cautelares, también contempla la posibilidad en su párrafo cuarto de que el juez tome medidas cautelares al margen de la demanda principal<sup>14</sup>. En cuanto a las medidas provisionales satisfactorias, acogidas en el artículo 45.1, CMJA, parece que se ofrece al juez un amplio abanico de posibilidades, y se podrían incluir desde las clásicas medidas de suspensión de los efectos del acto o norma, hasta medidas de tipo positivo o de hacer impuestas a la Administración<sup>15</sup>, entre las cuales podría mencionarse el *référé provision*<sup>16</sup>, acogido tanto en el Derecho francés como en el Derecho Comunitario.

En tercer lugar, el párrafo primero del artículo 45 destaca la importancia de la urgencia en la toma de medidas cautelares, de tal forma

22ª ed., Dalloz, Paris, 2008, p. 632, y también DE LA SIERRA, S., *En busca del tiempo perdido (Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia)*, en REDA, Nº 116, 2002, p. 573.

<sup>14</sup> El Derecho francés con las reformas introducidas por las leyes de 8-2-95 y 30-6-2000 ha otorgado potestades al juez para acelerar las medidas de urgencia (*référés*) de suspensión de los actos administrativos, con la pretensión de una mejor protección de los derechos de los ciudadanos; vid. CAPITANT, D., *Punto de vista francés sobre la ley alemana de la justicia administrativa (VwGO)*, en *Ley de la Justicia Administrativa alemana* cit. (cita 10), ps. 111 y ss.

<sup>15</sup> El Tribunal Supremo español aplica las medidas cautelares positivas de los artículos 129 y 130 de la LJCA en una sugerente sentencia de 9-7-2009 (RJ/2010/332), en la que el juez ordena la colegiación de la recurrente en el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, a pesar de que en el proceso principal se encuentra recurrido su título expedido por la Universidad de Alicante, argumentando que los perjuicios causados por la falta de ejercicio de la profesión hasta el final del proceso principal podría causar a la recurrente un perjuicio irreparable, vulnerándose con ello la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1, CE) (FJ 6º).

<sup>16</sup> Este tipo de recurso de urgencia se encuentra acogido en los artículos R. 541-1 al 6 del Código de Justicia Administrativa francés, y se utiliza como instrumento, frente al impago de deudas, imponiendo el pago inmediato de parte de la deuda a la Administración, si se tiene un derecho que no es seriamente cuestionable; del *référé provision* en el Derecho francés se ha ocupado en profundidad GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas* (“*référé provision*”). *A propósito del auto del presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto “Antonissen”)*, en *La batalla por las medidas cautelares* cit. (cita 2), ps. 183 y ss.; también en este trabajo se alude al pago anticipado de deudas (*référé provision*) en el Derecho Comunitario en relación con el asunto “Antonissen”, ps. 173 y ss.

que la celeridad con la que deben tomarse medidas en el procedimiento cautelar es esencial para garantizar la protección de las situaciones jurídicas afectadas, por lo que en los casos de especial urgencia, tal como se regula en el artículo 46.2 del CMJA, no será necesario haber oído a las partes interesadas inicialmente, sin perjuicio de que posteriormente en el plazo de tres días sí deberán serlo.

En el Derecho Comparado, el Derecho español introduce en el artículo 135 de la LJCA la posibilidad del juez de adoptar medidas cautelares en situaciones de especial urgencia sin oír a la parte contraria, con un contenido muy similar al del artículo 46.2 del CMJA. También el artículo 136 de la LJCA se ocupa del tema. Estos dos preceptos regulan las llamadas medidas cautelares “provisionalísimas”, que además se adoptan, como ha sido destacado por E. García de Enterría y T.-R. Fernández<sup>17</sup>, *inaudita parte* debido a la especial urgencia. Existe una relación muy próxima entre la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, CE, e incluso la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3, CE), y las medidas cautelares adoptadas con especial urgencia, dado que se pretende precisamente que esa tutela judicial sea lo más “efectiva” posible, para salvaguardar el principio de que la “necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón”<sup>18</sup>.

En el Derecho alemán la efectividad de la protección jurídica del ciudadano se fundamenta en la tutela judicial del artículo 19.4 de la Ley Fundamental y el principio del Estado de Derecho, y para que esa efectividad sea realidad en determinadas situaciones el ciudadano no puede esperar al fallo del proceso principal, y se le debe otorgar una tutela de urgencia, que se encuentra acogida en el artículo 80<sup>19</sup>,

<sup>17</sup> Véase su *Curso de Derecho Administrativo II* cit. (cita 6), ps. 667 y s.

<sup>18</sup> Vid. sobre esta cuestión CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa* cit. (cita 2), ps. 27 y ss., y DE MEMBIELA, Juan B. Lorenzo, *Las medidas provisionalísimas “inaudita parte” en el procedimiento contencioso-administrativo y su construcción constitucional*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 29, 2006, ps. 499 y ss.

<sup>19</sup> E. Schmidt-Assmann recoge un auto del Tribunal Constitucional alemán, publicado en la *NVwZ*, 1996, p. 58, que resume la doctrina que se expone. En efecto, dice este auto que el efecto suspensivo del artículo 80.1 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana es manifestación adecuada de la tutela judicial. Sin embargo,



complementado con el 123 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana (*Verwaltungsgerichtsordnung*)<sup>20</sup>.

B) El párrafo segundo del artículo 45 del CMJA regula las situaciones en las que de manera preferente y sumaria, lo cual implica en principio al margen del proceso principal y con plazos breves<sup>21</sup>, se podrá acudir al juez para que adopte una tutela cautelar, el cual para ello deberá ponderar la situación jurídica planteada entre los intereses públicos y privados. Para esa ponderación el juez tiene como instrumentos de ayuda, por una parte, el control sobre si la Administración ha respetado la legalidad en su actuación (*fumus boni iuris*) y, por otra, determinar si existe urgencia en la toma de la medida cautelar (*periculum in mora*).

En este contexto el demandante busca la protección jurídica eventual para que a sus derechos y/o intereses no se les cause un perjuicio irreparable, que vulneraría su tutela judicial efectiva. Frente a estos intereses privados el juez debe tener también en cuenta los intereses públicos o de terceros en juego. En la ponderación entre intereses públicos y privados el juez deberá tener en cuenta, sin prejuzgar la demanda principal, si existe, por una parte, urgencia en la toma de la medida cautelar (*periculum in mora*), para lo cual deberá examinar si se encuentra amenazada la integridad sustancial del objeto del proceso, o como se dice en el artículo 130.1, LJCA: “si la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”<sup>22</sup>. El *periculum in mora* está también acogido en

el artículo 19.4, LF, no garantiza en todo caso el efecto suspensivo del acto administrativo, pues puede ocurrir que el interés general relegue ese efecto suspensivo, si bien ésa debe ser la excepción, en *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema* cit. (cita 1), p. 237.

<sup>20</sup> Sobre el tema vid. PUTTLER, A., comentario al art. 123, en SODAN, H. y ZIEKOW, J. (eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung-Grosskommentar*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010, ps. 2397 y ss.

<sup>21</sup> El artículo 46.4 del CMJA se refiere a esta cuestión, puesto que establece la posibilidad de que el juez pueda dictar una medida cautelar antes del inicio del proceso principal.

<sup>22</sup> En el Derecho español la doctrina prácticamente de forma unánime deduce del artículo 130.1 el *periculum in mora*; vid. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentario a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (comentario al artículo 130)* cit. (cita 12), ps. 1238 y ss., y SANTAMARÍA PASTOR, *Ley reguladora de la jurisdicción*

el artículo 123.1 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana<sup>23</sup>, y asimismo el Derecho francés se refiere a la urgencia (*référé*) en los artículos L. 521-1 y siguientes del Código de Justicia Administrativa francés<sup>24</sup>.

Por otra parte, el juez, a tenor de lo establecido en el artículo 45.2 del CMJA, deberá examinar si la actuación de la Administración se adecua a la legalidad (*fumus boni iuris*), sin prejuzgar el fondo del asunto, que corresponde al tribunal que juzga la demanda principal. El *fumus boni iuris* se utiliza más restrictivamente que el *periculum in mora*, y en este sentido no se encuentra acogido en el ámbito de los artículos dedicados a las medidas cautelares en la LJCA<sup>25</sup>. También la jurisprudencia interpreta restrictivamente la aplicación de este criterio<sup>26</sup>.

**Art. 46 Procedimiento:**

- (1) Para el otorgamiento de la medida cautelar, el recurrente, sumariamente, deberá acreditar la procedencia de los requisitos establecidos en el artículo precedente.**
- (2) El tribunal decidirá después de haber oído a los interesados. En situaciones de especial urgencia, adoptará la medida sin haberlos oído. En este caso deberá darles oportunidad de ser oídos dentro de los tres días siguientes.**
- (3) El tribunal decidirá con celeridad proporcional a la necesidad concreta mediante decisión motivada.**

*contencioso-administrativa (comentario al artículo 130)* cit. (cita 7), ps. 1271 y ss.; también la jurisprudencia deduce del artículo 130 el *periculum in mora*, así la sentencia del Tribunal Supremo de 9-7-2009 (RJ/2010/332), FJ 6º.

<sup>23</sup> Sobre la cuestión véase PUTTLER, comentario al artículo 123 cit. (cita 20), ps. 2398 y s.

<sup>24</sup> Vid. CAPITANT, *Punto de vista francés sobre la ley alemana de la justicia administrativa (VwGO)* cit. (cita 14), p. 112.

<sup>25</sup> En este sentido lo interpretan GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentario a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa...* cit. (cita 12), p. 1231, y SANTAMARÍA PASTOR, *Ley reguladora...* cit. (cita 7), ps. 1277 y ss., que interpreta muy restrictivamente este criterio de aplicación en las medidas cautelares.

<sup>26</sup> Vid. entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 17-12-2001 (RJ/2002/849), FJ. 4º y de 9-7-2009 (RJ 2010/332), FJ 6º.

- (4) El tribunal podrá dictar una medida cautelar antes de la interposición de una demanda principal. Esta demanda deberá interponerse en el plazo previsto en el artículo 34.
- (5) A instancia de cualquier persona interesada o de oficio, el tribunal puede en cualquier momento, sobre la base de algún elemento nuevo, modificar las medidas tomadas o bien revocarlas.
- (6) Las medidas cautelares pueden otorgarse en cualquier instancia o fase del proceso.

## 1. Introducción

El artículo 46 del Código Modelo Euroamericano de la Jurisdicción Administrativa consagra principios y reglas de procedimiento dirigidos a asegurar la efectividad de las medidas cautelares en el ámbito de la jurisdicción administrativa.

Cabe señalar, en primer lugar, que el Código opta por la técnica de las medidas cautelares atípicas<sup>27</sup>, así, en diferentes sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos, como el alemán<sup>28</sup>, el francés<sup>29</sup>, el italiano<sup>30</sup>,

<sup>27</sup> Ver CHITI, Mario P., *La tutela cautelare*, en CASSESE, Sabino (coord.), *Corso di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2013, vol. 7, ps. 170 y ss.

<sup>28</sup> El art. 80.5 del Código de Jurisdicción Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO, disponible en <https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/>, consultado el 14-5-2021), además de admitir la suspensión de la decisión impugnada, también otorga al juez la facultad de determinar la restitución de las cosas a su estado anterior.

<sup>29</sup> En Francia, la jurisprudencia del Consejo de Estado confiere al juez encargado del examen de las medidas de urgencia (*le juge des référés*) la facultad de determinar las medidas pertinentes para el cumplimiento de su decisión, que puede consistir en la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada o sólo algunos de sus efectos, o en la adopción de medidas punitivas, pecuniarias o no, a fin de asegurar la adopción, por parte de la Administración, de las medidas necesarias para la ejecución de la medida cautelar (LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Bruno, *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, trad. de la 21ª ed. en francés, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal [Boletín Oficial del Estado], Madrid, 2019, ps. 990-991).

<sup>30</sup> El art. 59 del *Codice del Processo Amministrativo* –CPA– (decreto legislativo de 2-7-2010, N° 104, disponible en <https://www.normattiva.it/urires/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2010-07-02;104>, consultado el 14-5-2021) otorga al juez poderes generales de ejecución.

el argentino<sup>31</sup>, el brasileño<sup>32</sup>, el colombiano<sup>33</sup>, el costarricense<sup>34</sup>, el mexicano<sup>35</sup> y el venezolano<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Las medidas cautelares genéricas están previstas en el art. 232 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación –CPCCN– (ley 17.454, de 27-8-81, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>, consultado el 14-5-2021). Los procesos que involucran al Estado y sus entidades están sujetos a la Ley de Medidas Cautelares en los casos en que interviene el Estado nacional (ley 26.854, de 29-4-2013, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/210000-214999/212680/norma.htm>, consultado el 13-6-2021), pero la ley procesal civil sigue siendo subsidiariamente aplicable en lo que no contradice la ley específica (ABERASTURY, Pedro, *Medidas cautelares contra el Estado: Ley 26.854 comentada y anotada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 102).

<sup>32</sup> El Código de Procedimiento Civil de Brasil (ley 13.105, de 16-3-2015, disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm), consultado el 14-5-2021), en los arts. 297 y 301, prevé el poder general cautelar del juez. Si bien se trata de una codificación genérica, el Código de Procedimiento Civil se aplica a las medidas de emergencia ante la Administración Pública en Brasil en virtud de lo dispuesto en la ley 9494, de 10-9-97 (disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leyses/19494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leyses/19494.htm), consultado el 14-5-2021), sujeto a las disposiciones contenidas en esta y otras leyes específicas sobre jurisdicción administrativa, como la ley 8437, del 30-6-92, que trata del otorgamiento de medidas cautelares contra actos del poder público (disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leyses/18437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leyses/18437.htm), consultado el 14-5-2021), y la ley 12.016, de 7-8-2009, que regula el *mandado de segurança* (disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm), consultado el 14-5-2021). En este mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, encargada de estandarizar la interpretación de la legislación federal brasileña (art. 105, III, Constitución Federal de 1988). STJ, AgInt no TutPrv no AREsp 1680259/SP, Ministro Rel. Francisco Falcão, Segundo Panel, juzgado el 30-11-2020, DJe del 2-12-2020; AgRg in Ag 1352528/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primer Panel, juzgado el 14-12-2010, DJe del 17-12-2010; REsp 934.138/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primer Panel, juzgado el 11-10-2009, DJe del 12-4-2009.

<sup>33</sup> El art. 230 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (ley 1437, de 18-1-2011, disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>, consultado el 14-5-2021) contempla medidas cautelares que podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, siempre que estén directamente relacionadas con el reclamo del fondo.

<sup>34</sup> El art. 19 del Código Procesal Contencioso-Administrativo (ley 8508, de 28-4-2006, disponible en [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=57436](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=57436), consultado el 14-5-2021) otorga al juez la facultad de ordenar las medidas cautelares oportunas y necesarias para salvaguardar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

<sup>35</sup> El art. 24 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (Ley Federal de 1-12-2005, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/>

Esto significa que las medidas cautelares están previstas en la legislación sin un procedimiento predeterminado específico para cada tipo de reclamo, otorgando mayor poder discrecional a los jueces.

Por cierto, en este ámbito, las reglas que interfieren con la facultad general cautelar del juez, ya sea para restringir o imponer el otorgamiento de la medida cautelar, son casi siempre meramente indicativas y, en todo momento, ceden a la ponderación de principios procesales, como la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa<sup>37</sup>.

## **2. Legitimación *ad causam*, la técnica del juicio sumario y la demostración de los requisitos de las medidas cautelares**

El primer párrafo del artículo 46 comprende tres temas: la legitimación *ad causam* de las medidas cautelares; el procedimiento sumario para las medidas cautelares, y la demostración de los requisitos de las medidas cautelares, a saber, el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la ausencia de ofensa al interés público.

La legitimidad *ad causam* para solicitar medidas cautelares corresponde a los interesados que tienen la facultad de iniciar un reclamo; sólo excepcionalmente se confiere legitimidad activa a los organismos públicos, como se indica en el artículo 28 del Código Modelo.

En cuanto al carácter sumario del procedimiento, hay que decir que no priva a las partes y al juez de la facultad de conocimiento, sino que sólo lo restringe temporalmente y, aun así, sin perjuicio de

Federal/pdf/wo15305.pdf, consultada el 14-5-2021) otorga al juez facultades para suspender la ejecución del acto impugnado y para determinar las medidas cautelares positivas necesarias para evitar que la controversia pierda su objeto o dañe irreparablemente al demandante.

<sup>36</sup> De acuerdo con el art. 4º de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (ley 39.447, de 16-6-2010), el juez goza de amplias facultades para determinar, incluso de oficio, las medidas cautelares más adecuadas a la situación de hecho.

<sup>37</sup> Sobre la inconstitucionalidad de las leyes que prohíben las medidas cautelares contra las autoridades administrativas, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela cautelar e tutela anticipada: tutelas sumárias e de urgência*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p. 91.

un pleno conocimiento posterior. Por cierto, en una tutela de cognición plena, se busca la verdad y la certeza; en los procedimientos sumarios, la probabilidad y la apariencia de buen derecho de la reclamación son suficientes<sup>38</sup>.

La tutela sumaria se puede caracterizar en términos de: (a) el momento del proceso contradictorio posterior a la decisión y, por lo tanto, sujeto a conocimiento parcial, tomando en cuenta únicamente los reclamos del demandante, y (b) que el momento del contradictorio es fijado por el juez y no como resultado de una disposición legal previa, por lo que la cognición es superficial.

La decisión proferida con base en un conocimiento sumario, como forma de garantizar la imparcialidad del juez<sup>39</sup>, no debe invadir el análisis de la cuestión de fondo y prejuzgarla. La jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales está orientada en el sentido de que emitir una opinión sobre el fondo con base en elementos sumarios podría generar dudas sobre la imparcialidad en el aspecto objetivo, especialmente por la parte perjudicada por la decisión.

De hecho, el Consejo de Estado francés entiende que no hay impedimento para que el juez que se pronunció sobre una medida de urgencia juzgue definitivamente el caso, siempre que se haya limitado a analizar los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Por otro lado, si hubiera sobrepasado estos límites y emitido un juicio previo sobre el fondo, el principio de imparcialidad obstaculizaría su actuación en la decisión final<sup>40</sup>. Asimismo, el Tribunal Supremo de España entiende que la justificación sumaria del *fumus boni iuris* no debe confundirse ni puede avanzar en la discusión del fondo de la demanda, sino que debe ceñirse al objeto principal de la medida cau-

<sup>38</sup> Sobre la tutela sumaria, ver PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed., Jovene Editore, Napoli, 2006, ps. 543 y ss., y BEDAQUE, ob. cit., ps. 116 y ss.

<sup>39</sup> El art. 310 del Código de Procedimiento Civil brasileño establece que “[la] denegación de la medida cautelar no impide a la parte formular el reclamo principal, ni influye en la sentencia del mismo, salvo que el motivo del rechazo sea el reconocimiento de caducidad o prescripción”, y el art. 229 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo de Colombia establece que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

<sup>40</sup> LONG *et al.*, ob. cit., ps. 974-975.

telar, es decir, para asegurar la efectividad de la tutela brindada por la jurisdicción administrativa<sup>41</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también entiende que la adopción de una medida cautelar no implica una decisión sobre el fondo de la controversia<sup>42</sup>.

En cuanto a los objetivos de la tutela sumaria, se destacan los siguientes: (a) reducción del costo del proceso, alejándose del pleno conocimiento cuando es innecesario, como, por ejemplo, ante la ausencia de impugnación en el proceso monitorio y en la ejecución de títulos extrajudiciales; (b) remoción del abuso del derecho de defensa, mediante pleno conocimiento de la versión del demandante y un conocimiento sumario sobre el demandado, quien, en otro proceso, podrá deducir los hechos extintivos, modificativos y de impedimento del derecho del demandante (reserva de defensa plena); (c) compromiso con la duración del proceso, cuyo procedimiento, al no estar vinculado a la ley, puede ser abreviado por el juez, con mayor efectividad, especialmente a través de medidas cautelares y tutelas ejecutivas.

En resumen, la técnica de la cognición sumaria es típica de las medidas cautelares, extrayéndose de ella la comprensión del *fumus boni iuris* y la idea de la provisionalidad de la disposición judicial, es decir, de su falta de aptitud para producir cosa juzgada.

En cuanto a la demostración de los requisitos de la medida cautelar, se impone como una carga para los interesados<sup>43</sup>. Este deber implica

<sup>41</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, ATS 2054/2021, N° recurso 18/2021, fecha 23-2-2021; STS 1001/2017, N° recurso 3212/2015, N° resolución 443/2017, fecha 14-3-2017; STS 3292/2016, N° recurso 3454/2014, N° resolución 1668/2016, fecha 7-7-2016.

<sup>42</sup> Corte IDH, “Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia, Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24-3-2021, resolución adoptada en San José de Costa Rica mediante sesión virtual, considerando 8; “Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia, Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16-3-2021, resolución adoptada en San José de Costa Rica mediante sesión virtual, párrafo 22; “Vicky Hernández y col. Honduras, Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12-11-2020, considerando 14; “Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto de Ecuador, Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6-7-2004, considerando 12.

<sup>43</sup> La Corte IDH cuenta con amplia jurisprudencia al respecto (“Caso Bedoya Lima y otros Colombia, Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana

la iniciativa de proponer la medida cautelar y la indicación clara de las circunstancias de hecho y de derecho de la medida cautelar, así como los medios probatorios correspondientes.

No es exactamente un deber el probar los hechos, ya que la carga de la prueba varía según el carácter positivo del hecho a probar (la carga es de quien alega) o negativo del hecho (la carga es de aquel contra el que se alega), así como de si los hechos constituyen el derecho (carga del demandante) o extinguen, modifican, impiden o dificultan el derecho (carga del demandado).

Como en el Código prima un sistema de medidas cautelares atípicas, en el que la discreción del juez también dicta los medios probatorios admisibles, éstos deben ser proporcionales a la urgencia y celeridad requeridas en el caso concreto. Esto no excluye, de plano, la posibilidad de que el juez solicite excepcionalmente las diligencias que estime indispensables para la instrucción del litigio<sup>44</sup>, pero, por ejemplo, no tiene sentido condicionar una provisión de emergencia a la realización de una prueba pericial compleja que dura un tiempo incompatible con el *periculum in mora* presentado.

El *fumus boni iuris* comprende una probabilidad –inherente a toda cognición sumaria– en cuanto a la estimación de los alegatos de hecho y de derecho del demandante, no sólo con respecto al Derecho material en sí, sino también respecto al *periculum in mora* y a la prevalencia del interés del demandante por el interés público<sup>45</sup>.

de Derechos Humanos de 24-3-2021, resolución adoptada en San José de Costa Rica mediante sesión virtual, considerando 4; “Vicky Hernández y otros vs. Honduras, Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12-11-2020, considerando 10; “Asunto Belfort Istúriz y otros con respecto a Venezuela, Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1-4-2010, párrafo 5°).

<sup>44</sup> En este sentido, el art. 127, párrafos 8 y 9, del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permite a la Corte solicitar información, peritajes y convocar audiencia cuando lo estime pertinente para esclarecer el caso. El Consejo de Estado francés tiene un precedente que admite que el juez de urgencia puede adoptar medidas de instrucción (LONG *et al.*, ob. cit. [cita 29], p. 1277). A su vez, el art. 24.2 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica faculta al juez a fijar una audiencia oral, la cual debe realizarse dentro de los tres días hábiles, cuando se considere necesario.

<sup>45</sup> Al respecto, el Código Procesal Civil venezolano (disponible en <http://www.>



Además, en ocasiones se invocan principios de Derecho Público a favor de los interesados, como la precaución en materia ambiental, que refuerzan la idea de la estimación de una medida cautelar basada únicamente en la simple apariencia o probabilidad.

En materia de presunciones, negar el *fumus boni iuris* de una medida cautelar contra autoridades administrativas bajo el único pretexto de que el acto impugnado detenta presunción de legalidad sería incompatible con los principios de igualdad y paridad en la contienda. En este contexto, la presunción de validez del acto administrativo no es más que un mito. Todos los actos, públicos y privados, son en principio válidos y lícitos. De hecho, la presunción de validez de un acto administrativo surge de la consecuencia de un procedimiento administrativo previo, en el que se considera la manifestación del interesado, y precisamente de donde se extrae la facultad de autoejecutoriedad. Así, la autoejecutoriedad deriva de la presunción de legalidad, pero no se confunde con ella, ya que la medida cautelar proyecta sus efectos únicamente sobre la primera, y reservándose el análisis de la segunda decisión de fondo<sup>46</sup>.

En la misma línea de entendimiento, el efecto suspensivo automático por la interposición de una acción judicial impugnatoria, conforme a lo previsto en el artículo 47 del Código Modelo, se asocia a una presunción relativa, sin embargo, de ilegalidad de los actos administrativos, propia de un sistema donde predomina la autoejecutoriedad de los actos administrativos en el que la decisión administrativa se profiere en un procedimiento desprovisto de la efectiva participación de los interesados. En este sentido, en un sistema en el que la ejecución de los actos administrativos depende de la intervención jurisdiccional previa, no tendría sentido el efecto suspensivo automático propuesto.

En cuanto al *periculum in mora*, la lesión al derecho se considera irreparable si la indemnización pecuniaria, por sí sola, no es capaz de restablecer plenamente la situación a quo. De ahí la afirmación de que los derechos exclusivamente patrimoniales no están sujetos a daños

oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\_ven\_cod\_proc\_civil.pdf, consultado el 14-5-2021), art. 585, establece: "...siempre que se acompañe un medio de cuidado que constituya una presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama..."

<sup>46</sup> ABERASTURY, ob. cit., p. 224.

irreparables (todo siempre será económicamente reparable) y, por tanto, no requieren de una medida cautelar. Las excepciones serían dos: en el caso del riesgo de insolvencia del deudor (que nunca ocurriría con la Administración Pública como demandada) y, según Proto Pisani, en caso de daños patrimoniales que se incrementen excesivamente durante el desarrollo de un proceso<sup>47</sup>. Sin embargo, en esencia, los derechos susceptibles de daños irreparables son realmente derechos no patrimoniales, tales como los derechos relacionados con el estatuto personal<sup>48</sup>, los derechos fundamentales, aunque sean positivos, y el derecho a la prueba procesal<sup>49</sup>. Es, en este contexto, que se debe comprender la afirmación que caracteriza la irreparabilidad como la imposibilidad de que un derecho a una obligación específica (hacer, no hacer o dar) no se cumpla ante un tribunal con este mismo efecto práctico.

De hecho, la idea de *periculum in mora* debe asociarse más con el demandante que con el derecho mismo<sup>50</sup>. A menudo, un derecho patrimonial *sub iudice* puede mantener una relación de dependencia circunstancial con otro derecho no judicializado y de naturaleza no patrimonial de titularidad del mismo demandante. Estos casos, en los que la lesión de un derecho patrimonial es la causa determinante y coetánea de una lesión a los derechos no patrimoniales, ejemplifican igualmente la irreparabilidad. Además, si un tercero interesado tiene legitimidad (extraordinaria) para reclamar medidas cautelares, por considerar que su derecho puede verse irremediamente afectado en el curso de un proceso judicial, mucho más se dice del demandante principal.

La inminencia del riesgo de daño irreparable se caracteriza en función del tiempo –regular pero insuficiente– para la conclusión del proceso principal de pleno conocimiento o para la ejecución de la decisión correspondiente. *En situaciones excepcionales, en las que se evidencia*

<sup>47</sup> PISANI, ob. cit., p. 636.

<sup>48</sup> PISANI, ob. cit., p. 634; GILSANZ USUNAGA, Javier, *El proceso civil estadounidense: la tutela judicial cautelar*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 130, nota 328.

<sup>49</sup> PISANI, ob. cit., p. 635.

<sup>50</sup> PISANI, ob. cit., p. 635.

la inminencia del daño antes de la oportunidad de defensa, incluso en vista de la conducta del demandado, se admite la medida jurisdiccional, “inaudita altera parte”, tal como lo asegura el segundo párrafo del artículo 46 del Código Modelo. Por otro lado, el interesado debe soportar la carga del retraso procesal, si por su propia y voluntaria inercia no promovió en su momento la demanda cuyo plazo de conclusión era claramente suficiente para evitar el riesgo de daño irreparable.

Por supuesto, el *periculum in mora* tampoco caracteriza un daño que ya ha ocurrido, salvo que a partir de este daño el perjuicio pueda aumentar considerablemente, o se trate de un derecho fundado en una relación continua, como en los derechos fundamentales, en los que el daño se prolonga en el tiempo.

Si bien se trata de un tema sin consecuencias prácticas en un sistema de medidas cautelares atípicas y en el que son admisibles medidas conservadoras y anticipatorias, cabe señalar que las medidas conservadoras sólo sirven para proteger los derechos patrimoniales, y en las pocas excepciones en las que éstas señalan daños irreparables. Por el contrario, la tutela judicial cautelar de derechos no patrimoniales implica, directa o indirectamente, en mayor o menor medida, la realización provisional del propio derecho. En otras palabras, los derechos no patrimoniales pueden protegerse de forma cautelar sólo a través de medidas anticipatorias. De hecho, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que, más allá de la finalidad cautelar de asegurar la integridad y efectividad de la decisión final de mérito, las medidas de urgencia ostentan, también, un carácter tutelar, en la medida en que funcionan como garantías jurisdiccionales de carácter preventivo, destinadas a proteger los derechos humanos y evitar daños irreparables<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Corte IDH, “Asunto: Pobladores de las Comunidades del Pueblo Indígena Miskitu de la Región de la Costa Caribe Norte, Medidas Provisionales respecto a Nicaragua”, resolución de la Corte de 23-8-2018, considerando 3; “Caso I. V. vs. Bolivia, Solicitud de Medidas Provisionales”, resolución de 25-5-2017, considerando 4; “Caso del Periódico ‘La Nación’, Medidas Provisionales respecto de Costa Rica”, resolución de la Corte de 7-9-2001, considerando 4.

En lo que se refiere a lo que se denomina *periculum in mora al inverso*, de hecho, las medidas cautelares pueden convertirse en fuente de daño injusto para el demandado, sobre todo porque se basan en una probabilidad. Por lo tanto, en la búsqueda de un equilibrio entre las partes, siempre que la medida cautelar se considere irreversible, es decir, se traduzca en un riesgo de daño irreparable para el demandado, a favor de este último, es necesario tomar algunas medidas con antelación<sup>52</sup>. En el caso de un daño patrimonial, debe imponerse una caución al demandante, siempre que exista riesgo de su propia insolvencia y que, naturalmente, el contenido de dicha caución no coincida con el de la pretensión cautelar. Exigir contracautela patrimonial por parte de un interesado que reclama pagos de pensión alimenticia es una contradicción<sup>53</sup>. Sin embargo, en el caso de los daños no patrimoniales, se condiciona el otorgamiento de la medida cautelar a que el daño sufrido por el demandante sea más grave que el daño soportado por el demandado, por lo que deberá resolverse mediante una ponderación<sup>54</sup>.

El *periculum in mora* en la jurisdicción administrativa merece una nota adicional. Gran parte de los conflictos derivados de actuaciones administrativas comprenden derechos fundamentales, aunque de forma indirecta, y sin mucho esfuerzo merecen protección cautelar. Pero, en la posición contraria, existen conflictos derivados de conductas administrativas de Derecho Privado, como la responsabilidad civil, el cobro de deudas vencidas o en los contratos privados, en los que los conflictos se acercan a los típicos derechos patrimoniales.

<sup>52</sup> PISANI, ob. cit., ps. 607-610.

<sup>53</sup> Por el contrario, sobre la necesidad de la contracautela en cualquier circunstancia, véanse los arts. 10 y 11 de la Ley de Medidas Cautelares argentina, y art. 199 del CPCCN argentino: “La medida cautelar sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicite, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar...”, con excepción únicamente de los litigantes que no pagan las costas o que sean la propia autoridad administrativa, de conformidad con el art. 200 del CPCCN.

<sup>54</sup> Ver GAMA, Fernando, *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, ps. 119 y ss. Sobre el principio de proporcionalidad, ver BEDAQUE, ob. cit., p. 347. Ver también BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 2020, vol. 1, ps. 127 y ss.

A modo de ejemplo, en una impugnación cautelar (medida suspensiva) sobre una actuación administrativa fiscal, es necesario indagar si de ella se deriva algún daño directo al derecho no patrimonial del interesado. De no ser así, debe conocerse si el efecto práctico del acto impugnado, el desembolso económico, conducirá al interesado, de manera determinante, a un sacrificio equivalente a un daño al derecho no patrimonial, como le ocurriría a un jubilado ante una deducción en la jubilación para soportar una exacción claramente indebida que, de forma inesperada, derivó en una reducción de su presupuesto de alimentación. También es posible imaginar una empresa a la que se le impide ejercer el derecho a participar en un concurso público y universal, dada la falta de recursos financieros para soportar una acción fiscal considerada ilegal.

Finalmente, en cuanto al interés público, conviene recordar que las pretensiones que conforman acciones administrativas pueden, excepcionalmente, chocar con él, como las que implican obligaciones capaces de sacrificar la continuidad de actividades públicas esenciales. De esta forma, si después de ponderar entre el interés público y el interés individual<sup>55</sup>, prevalece el primero sobre el segundo, se producirá un reflejo procesal significativo, incluso en la fase cautelar y ejecutiva, de manera que el derecho subjetivo o el interés legítimo, no patrimonial, se convertirá necesariamente en pérdidas y daños.

En efecto, el interés público, que no se confunde con el interés de la Administración Pública, puede considerarse un hecho modificador del derecho del demandante, el cual, manifestado y reconocido a través del previo *due process of law*, en la jurisdicción administrativa, conlleva una verdadera expropiación judicial de derechos.

<sup>55</sup> Sobre la ponderación entre intereses públicos y privados en las medidas cautelares: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano, art. 231.3; Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica, art. 22; ley que regula el proceso contencioso administrativo en el Perú (ley 27.584, de 29-8-2008, disponible en <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27584.pdf>, consultada el 14-5-2021), art. 39.1; Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Venezuela, art. 104. De acuerdo con la ley brasileña, el interés individual cede a un daño grave al orden, a la salud, a la seguridad y la economía pública, de conformidad con el art. 15 de la Ley del *Mandado de Segurança* (ley 12.016, de 7-8-2009).

Además, el riesgo del advenimiento del interés público, durante el desarrollo regular de un proceso de pleno conocimiento, puede ser un claro ejemplo de *periculum in mora*.

Imaginemos, a propósito, una pretensión que incluye la anulación de la convocatoria para un certamen dirigido a la selección de prestadores de servicios públicos especializados. Es posible que la realización del concurso o la contratación de los ganadores de esta selección no pueda revertirse sin la ruptura de un servicio imprescindible para la sociedad. Es decir, en este caso, o se admite una medida cautelar que suspende el inicio del concurso (medida anticipatoria parcial) o se reserva para el demandante la indemnización económica por el daño a un derecho no patrimonial, es decir, se reconoce un daño irreparable al interesado y se promueve la indemnización correspondiente.

Tomando el mismo ejemplo del concurso público, puede suceder, en ocasiones, que la suspensión del concurso no pueda durar por mucho tiempo o ni siquiera producirse, como en los casos de contratación de emergencia. En estos casos, puede ser necesario *ab initio* acabar con la pretensión específica del demandante a favor del interés público, convirtiéndola en pérdidas o daños, es decir, en un derecho *prima facie* que es exclusivamente patrimonial y ya no está sujeto a medida cautelar.

### **3. El derecho a la defensa y la duración del procedimiento cautelar**

Los párrafos segundo y tercero del artículo 46 se relacionan con el artículo 27 del Código Modelo en la medida en que pretenden asegurar el respeto del principio de contradicción en el procedimiento cautelar, conciliándolo con la celeridad propia de las medidas de urgencia.

Ser capaz de defenderse comprende el derecho a presentar argumentos, el derecho a que sus argumentos sean considerados, el derecho a una decisión razonada y pública, y el derecho a una apelación. El derecho a ser oído está previsto en el segundo párrafo del artículo 46 del Código y, por regla general, se garantiza antes de una disposición judicial cautelar. Sólo en situaciones de especial urgencia, donde la inminencia del daño sea evidente antes de la oportunidad de defensa,

incluso en vista de la conducta del demandado, se admite la medida jurisdiccional *inaudita altera parte*<sup>56</sup>. En estos casos, el derecho de defensa se difiere en el tiempo y en un plazo reducido proporcional a la naturaleza urgente de las medidas cautelares.

Contrario a algunas legislaciones nacionales que establecen un plazo para el análisis de la solicitud de medidas cautelares<sup>57</sup>, el Código Mo-

<sup>56</sup> La medida jurisdiccional *inaudita altera parte* es admitida en la ley brasileña (art. 300, § 2, del Código de Procedimiento Civil), excepto en la acción civil pública, según el art. 2º de la ley 8437, de 30-6-92. En cuanto a las acciones de *mandado de segurança*, el Supremo Tribunal Federal dictaminó que el art. 22, § 2 de la Ley del *Mandado de Segurança* (ley 12.016, de 7-8-2009), que prohibía el otorgamiento de la medida cautelar sin audiencia de la entidad pública, es inconstitucional por implicar una restricción al poder general de cautela del magistrado. En España, el art. 135 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (ley 29/1998, de 13 de julio, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16718>, consultado el 14-5-2021) admite la concesión de medidas cautelares *inaudita altera parte* en situaciones de especial urgencia, en cuyo caso será escuchada la parte contraria dentro de los tres días siguientes, momento en el cual el juez decidirá el mantenimiento, modificación o revocación de la medida. Asimismo, el art. 25 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica. En Argentina, el otorgamiento de una medida cautelar sin audiencia de la autoridad pública es excepcional y está sujeto a la existencia de circunstancias graves e impostergables (art. 4º de la ley 26.854, de 2013). En Colombia, el art. 234 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo permite el otorgamiento de la medida sin audiencia de la parte contraria cuando esto no sea posible en razón de la urgencia.

<sup>57</sup> En España, el art. 131 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece un plazo de 5 días, contados a partir de la audiencia de la parte contraria, para tomar la decisión. En Francia, el *Code de Justice Administrative* (disponible en [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070933?init=true&page=1&query=cja&searchField=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933?init=true&page=1&query=cja&searchField=ALL&tab_selection=all), consultado el 14-5-2021) establece un plazo de 48 horas para analizar la solicitud de medida cautelar basada en el alegato de violación de una libertad fundamental prevista en el art. L. 521-2. Cabe señalar que la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales determina la celeridad de la estimación, ya que en la solicitud de una medida de urgencia para la suspensión de una decisión administrativa (art. L. 521-1 del *Code de Justice Administrative*) no fija un plazo para el análisis por el juez de urgencia. En Colombia, el plazo establecido es de 10 días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella (art. 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). En México, el art. 25 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo establece un plazo de 5 días, contados desde la recepción de la información prestada por la parte requerida o desde la finalización del plazo para la misma.

delo optó por dejar a cargo del tribunal fijar la celeridad del procedimiento, que estime proporcional a las circunstancias del caso concreto.

Por cierto, el tercer párrafo del artículo 46, en el mismo sentido, dispone que la duración del procedimiento debe ser proporcionalmente rápida, a fin de cumplir con la finalidad de la tutela de urgencia. En efecto, la celeridad del trámite se impone más en función al *periculum in mora* que al carácter provisional (inherente a lo sumario) de la tutela.

Las decisiones sobre las medidas cautelares se basan en el carácter provisional de su contenido, pero no en sus efectos, que no siempre son provisionales. Además, la efectividad y ejecución de las medidas cautelares son automáticas y, cuando necesario, están sujetas a un procedimiento, *ex officio* y proporcionalmente rápido.

El procedimiento destinado para la ejecución o actuación de las medidas de urgencia debe ser adecuado y proporcional<sup>58</sup>. Naturalmente, no debe concebirse de tal manera que su complejidad o duración supere la propia noción de *periculum in mora* en el contexto en el que haya sido reconocido. Sería absolutamente incoherente permitir o exigir una ejecución que demande más tiempo del que la urgencia necesita.

El tercer párrafo del artículo 46 del Código Modelo, además de involucrar la duración razonable del procedimiento cautelar, prevé la medida cautelar motivada. A pesar de los demás requisitos comunes a las decisiones judiciales (síntesis de las principales actuaciones procesales, publicidad...), es la motivación especialmente determinante en las decisiones cautelares, al considerar los argumentos de hecho y de derecho formulados por las partes.

La correlación entre la solicitud de la medida cautelar y la solicitud principal es la esencia de la tutela de urgencia, que debe servir para la efectividad de la tutela judicial definitiva. La Corte Interamericana

<sup>58</sup> La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, haciendo una excepción a la legislación procesal, ha venido admitiendo la ejecución forzosa de decisiones que determinan a las autoridades administrativas el pago de obligaciones pecuniarias en el caso de medidas cautelares (PERLINGEIRO, Ricardo, *Redefinição dos papéis da execução de quantia certa contra a Fazenda Pública*, en *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, vol. 9, N° 31, CJF, Brasilia, diciembre de 2005, ps. 68-74).



de Derechos Humanos tiene jurisprudencia en el sentido de que la falta de correlación con la solicitud principal es motivo de rechazo de la medida cautelar<sup>59</sup>. La imposición de la relación implica admitir, en sede cautelar, todo tipo de reclamos ante las autoridades administrativas (declarativas, constitutivas, impugnatorias, condenatorias de hacer, no hacer, dar y pagar), así como la intensidad correspondiente al control jurisdiccional de los poderes discrecionales. De esta relación también se puede extraer la posibilidad de que la medida cautelar, según sea necesario, tenga un carácter conservador o un carácter anticipatorio del reclamo principal.

#### 4. Oportunidad del planteo de las medidas cautelares

En los párrafos cuarto y sexto del artículo 46, el Código Modelo se refiere al momento de solicitud de las medidas cautelares. Éstas pueden ser preparatorias y previas al proceso principal, según lo previsto en el párrafo cuarto, siempre que la urgencia sea tal que no haya tiempo para esperar a que se inicie el proceso principal<sup>60</sup>. En estos casos, el trámite se realiza de forma libre (telegrama, fax, e-mail...)<sup>61</sup>, pero debe cumplir unos requisitos mínimos como la expo-

<sup>59</sup> Corte IDH, “Caso Galindo Cárdenas vs. Perú, Rechazo de Solicitud de Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22-11-2018; “Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Rechazo de Solicitud de Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23-2-2016; “Asunto: Comunidad Garífuna de Barra Vieja respecto a Honduras; Rechazo de la Solicitud de Medidas Provisionales”, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14-10-2014.

<sup>60</sup> En este sentido, artículos 80.5 y 123.1 del Código Alemán de Jurisdicción Administrativa (VwGO), art. 61.1 del *Codice del Processo Amministrativo* italiano, art. 3.1 de la ley argentina 26.854 de 2013, arts. 294, párrafo único, 299 y 305 del Código de Procedimiento Civil brasileño, art. 19.2 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica, art. 38 de la ley que regula el proceso contencioso administrativo peruano y art. 27.2 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>61</sup> El *Code de Justice Administrative* francés (art. R. 522-3) y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 27.4) admiten solicitudes de medidas cautelares enviadas por cualquier medio de comunicación. El art. 4º de la ley brasileña de *Mandado de Segurança* permite el uso de medios físicos como telegrama y fax o cualquier medio electrónico de autenticidad comprobada.

sición sumaria de los hechos, justificación de urgencia, la indicación de la disposición legal en la que se basa la solicitud y la indicación de los medios de prueba<sup>62</sup>, con la condición de que el proceso principal se presente dentro del plazo, contado a partir de la fecha de presentación de la medida cautelar.

Así, la eficacia de la providencia cautelar preparatoria cesa si la demanda principal no se presenta dentro del plazo señalado en el artículo 34 del Código Modelo, que se justifica por el carácter instrumental de la medida cautelar, destinada a salvaguardar la eficacia y utilidad de la futura decisión de mérito, y se sustenta en las disposiciones de diferentes ordenamientos jurídicos<sup>63</sup>.

Una vez iniciado el proceso principal, la medida cautelar tendrá espacio en cualquier etapa, pudiendo ser antes, durante o después de la instrucción, el juicio, el recurso o la ejecución de la sentencia final, según se establece en el párrafo sexto del artículo 46<sup>64</sup>.

La existencia de una medida cautelar o de sus autos (escritos y documentos) separados del proceso principal es una medida discrecional del juez, meramente notarial, siempre que sea necesaria para evitar represamientos procesales. En algunas situaciones se evidencia, como en las medidas cautelares preparatorias de un proceso principal o en las medidas cautelares en la etapa de recurso, en una instancia diferente a aquella en la que se desarrolla el proceso principal. También, los autos separados pueden ser útiles en el caso de la ejecución de las medidas cautelares o la ejecución de la anulación de las mismas. El

<sup>62</sup> Art. R. 522-1 del *Code de Justice Administrative* de Francia, art. 3.2 de la Ley de Medidas Cautelares de la Argentina (ley 26.854 de 2013), arts. 303 y 305 del Código de Procedimiento Civil de Brasil, art. 24 bis de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo de México.

<sup>63</sup> Arts. 55.4 y 61.5 del *Codice del Processo Amministrativo* de Italia, art. 8.1 de la Ley de Medidas Cautelares de Argentina, art. 309 del Código de Procedimiento Civil de Brasil, art. 26.2 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica.

<sup>64</sup> Ver art. 129.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de España, arts. 229 y 233 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo de Colombia, art. 19.1 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica y art. 27, 1 y 3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

único requisito que se impone es, en el caso de una medida *inaudita altera parte*, posterior al proceso diferido, que se profiera una decisión ratificando o no la anterior.

Finalmente, es oportuno señalar que la competencia procesal para decidir sobre una medida cautelar, preparatoria o incidental, corresponde al juez que decide la causa principal, definida de conformidad con las reglas de los artículos 19 y 20 del Código Modelo, que resulta del principio del juez natural, contemplado en el artículo 9° del Código Modelo<sup>65</sup>.

En el caso de los órganos jurisdiccionales colegiados, lo más adecuado es que sólo uno de los jueces colegiados decida, lo que a la vez cumple con el principio de juez natural y el de celeridad procesal, imperativos en las medidas cautelares<sup>66</sup>. Sin embargo, algunos sistemas prefieren delegar la competencia en el presidente del respectivo tribunal<sup>67</sup>. Los efectos de una medida cautelar dictada por un juez incompetente se reconocen en algunos sistemas, como en Argentina<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> En este sentido, también, art. 123.2 del Código de Jurisdicción Administrativa alemán (VwGO), art. 55.13 del *Codice del Processo Amministrativo* italiano, art. 299 del Código de Procedimiento Civil brasileño y art. 26.1 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica.

<sup>66</sup> El art. 56 del *Codice del Processo Amministrativo* italiano regula el procedimiento de la medida cautelar monocrática, de la competencia del presidente del Tribunal regional o de la sala competente para el juicio, aplicable cuando la urgencia no permite esperar el juicio colegiado. El art. 80.8 del Código de Jurisdicción Administrativa de Alemania (VwGO) también atribuye competencia al presidente del órgano colegiado en casos urgentes.

<sup>67</sup> Éste es el caso de la legislación italiana, que otorga al presidente del Tribunal Administrativo la competencia para conocer de las solicitudes de medidas cautelares antes del procedimiento principal (art. 61 del *Codice del Processo Amministrativo*). En Francia, la solución fue la creación de un juez de urgencias (*juge des référés*), quien es el competente para conocer de las medidas cautelares (Libro 5 de la Parte Legislativa del *Code de Justice Administrative* francés).

<sup>68</sup> Art. 179 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 189, de 13-5-99, disponible en <http://www.saij.gov.ar/189-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-codigo-litigio-administrativo-tributario-lp-x0000189-1999-05-13/123456789-0abc-defg-981-0000xvorpyel>, consultado el 14-5-2021); art. 196 del CPCCN; art. 2° de la ley 26.854 de 2013.

## 5. La modificación de las decisiones judiciales cautelares

El párrafo quinto del artículo 46, al prever la modificación de las medidas cautelares, lo hace sobre la base del carácter provisional de las mismas<sup>69</sup>.

De hecho, las decisiones cautelares no tienen la autoridad de cosa juzgada porque son provisionales. Sin embargo, la inmutabilidad que se considera en una medida cautelar se limita a una declaración judicial basada en los hechos y fundamentos sujetos a cognición sumaria, según se identifica en la motivación de la decisión judicial. En consecuencia, en un proceso principal con pleno conocimiento, la decisión judicial se funda, necesariamente, en un contexto diferente al de las medidas cautelares.

La pérdida de la eficacia de las medidas cautelares puede resultar de la inercia del demandante con respecto a la apertura del contradictorio (posterior a la medida *inaudita altera pars*), a la presentación de la acción principal (donde se produciría el pleno conocimiento) o a la subsistencia de la prestación de caución cuando sea necesaria para evitar el *periculum in mora* al contrario<sup>70</sup>.

Además, la desestimación de la demanda principal (en el proceso principal) también conduce a la pérdida de los efectos de la medida cautelar. Sobre este punto, no es lógico que luego de un proceso de cognición amplio, que da lugar a la desestimación, persistan los efectos de una medida cautelar basada en la probabilidad.

Cualquier interesado, directo o indirecto, principal o auxiliar, podrá solicitar la modificación de las medidas adoptadas o incluso su revocación. También se admite la instauración *ex officio* de este incidente<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> En la legislación brasileña, véanse los arts. 296 y 309 del Código de Procedimiento Civil y art. 7º, § 3, de la Ley del *Mandado de Segurança*. En Argentina, arts. 6º y 7º de la Ley de Medidas Cautelares (ley 26.854 de 2013). En la legislación peruana, el art. 146.3 de la Ley General de Procedimiento Administrativo (ley 27.444, de 11-4-2001, disponible en <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27444.pdf>, consultada el 14-5-2021).

<sup>70</sup> Ver art. 28 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica y art. 28 bis de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo de México.

<sup>71</sup> Art. 235 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo de Colombia, art. 29 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa

Por cierto, no se concibe la iniciación *ex officio* de una medida cautelar, porque, siempre es accesorio a una pretensión principal, se encuentra, en principio, disponible por los interesados. No obstante, existiendo la medida cautelar o el proceso principal, cualquier disposición jurisdiccional urgente es deber del juez ante el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*<sup>72</sup>, no sólo para otorgar, sino también para revocar, modificar o declarar inocua la medida, ante cualquier hecho o argumento nuevo<sup>73</sup>.

La cláusula *rebus sic stantibus* es inherente a la naturaleza continua de las relaciones sujetas a las pretensiones de urgencia, a menudo cambiantes, exigiendo una respuesta jurisdiccional correspondiente, igualmente urgente. Esta posibilidad de modificación puede dar lugar a la necesidad de restablecer la situación a quo, seguida de una ejecución a la inversa. De ella, también, puede resultar la necesidad de fijar una caución<sup>74</sup>.

En todo caso, la modificación o revocación de la medida cautelar depende de la constatación de un hecho nuevo, posterior a la solicitud<sup>75</sup>,

Rica, art. 146.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú y art. 27.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>72</sup> El Superior Tribunal de Justicia de Brasil admite que se otorguen *ex officio* medidas urgentes para proteger los derechos fundamentales (ver Brasil, Superior Tribunal de Justicia [Segundo Panel], REsp 1309137/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 8-5-2012, DJe, Brasilia, 22-5-2012).

<sup>73</sup> Con el fin de posibilitar esta revisión, la legislación colombiana impone al beneficiario de la medida cautelar el deber de comunicar cualquier cambio sustancial en las circunstancias fácticas que justificaron el otorgamiento de la medida, cuyo incumplimiento está sujeto a una sanción incluso de manera pecuniaria (art. 235 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo).

<sup>74</sup> Ejemplos de legislación que permite subordinar la medida cautelar a caución son el art. 10 de la Ley de Medidas Cautelares de Argentina; art. 300, § 1, del Código de Procedimiento Civil brasileño; art. 232 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo de Colombia; art. 25 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica; arts. 25 y 28 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo de México; art. 39 de la ley que regula el proceso contencioso administrativo peruano, y arts. 55.2 (siempre que la medida cautelar no esté relacionada con los derechos humanos fundamentales), 56.3 y 61.5 del *Codice del Processo Amministrativo* italiano.

<sup>75</sup> Ver el art. L. 521-4 del *Code de Justice Administrative* francés y el art. 29 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica. En España, el art. 132

o de un hecho ya ocurrido en el momento de la solicitud, pero cuya prueba no fue posible llevar a juicio por hecho no imputable al interesado<sup>76</sup>.

La instrumentalidad propia de las medidas cautelares, con una fórmula extremadamente elástica, especialmente en lo que respecta a la prueba a aportar en el proceso principal, autoriza a que cualquier modificación de hecho o de derecho en cuanto al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora* justifique una modificación de la tutela de urgencia.

Se puede interponer un recurso contra la medida cautelar que ocasiona el gravamen. La base del recurso son los errores *in procedendo* y los errores *in iudicando* (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), y los hechos sobrevinientes que darían lugar a la revocación de la medida de urgencia cuando no se revoca o decide a tiempo<sup>77</sup>, lo que consiste en una omisión equiparable a un rechazo, dada la necesidad de prontitud en el procesamiento.

La ejecución a favor del demandado no necesita de otro proceso, estableciéndose un proceso contradictorio en los mismos autos<sup>78</sup>. La desestimación de la medida cautelar conduce al restablecimiento automático del *statu quo*, pero la ejecución contraria no es automática y depende de la iniciativa de la parte perjudicada.

**Art. 47 Efecto suspensivo automático:**

- (1) La solicitud de suspensión provisional de un acto, que no sea la denegación de una petición, suspende automáticamente su ejecución hasta que el tribunal se pronuncie sobre la solicitud.**

de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece expresamente que los cambios resultantes de la marcha del proceso y el cambio en los criterios de valoración de los hechos aplicados por el juez al resolver el incidente no autorizan la modificación o revocación de la medida cautelar.

<sup>76</sup> En este sentido, art. 80.7 del Código de Jurisdicción Administrativa alemán (VwGO) y art. 58.1 del *Codice del Processo Amministrativo* italiano. En Italia, aún se admite la modificación o revocación de las medidas cautelares con base en vicios procesales previstos en la legislación procesal civil, tales como el dolo de una de las partes o del juez, la falsedad de la prueba, la ocurrencia de un error de hecho y la cosa juzgada constituida en un proceso previo (art. 58.2 del *Codice del Processo Amministrativo*).

<sup>77</sup> Véase PISANI, ob. cit., p. 652.

<sup>78</sup> GILSANZ USUNAGA, ob. cit., p. 166.

- (2) **Cuando la suspensión afecte derechos reconocidos por el acto, la suspensión tendrá vigencia de hasta quince días, dentro de los cuales el juez debe pronunciarse sobre la solicitud.**
- (3) **No procederá el efecto suspensivo automático si la ley expresamente lo excluye por razones de seguridad pública, sin perjuicio del poder del juez de ordenar el efecto suspensivo de acuerdo con el artículo 45.**

A) El párrafo primero de este precepto y el propio encabezamiento son inequívocos en relación con el efecto suspensivo automático, que, como regla general, tiene la demanda de cualquier ciudadano de suspensión de un acto administrativo. Con ello el canon adoptado en el Código Modelo se asemeja al del Derecho alemán, que también parte del efecto suspensivo automático, regulado en el artículo 80.1 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana<sup>79</sup>, desde el momento en que se interpone el recurso administrativo. En el Derecho francés, los recursos administrativos no poseen efectos suspensivos, como así establece el artículo L. 4º del Código de Justicia Administrativa, partiendo, por tanto, de una solución opuesta de inicio a la alemana, aunque la práctica no es tan contrapuesta entre ambos Derechos<sup>80</sup>.

En cuanto al Derecho Comunitario, la regla general es la no suspensión del acto administrativo en caso de recurso ante el Tribunal de Justicia, tal como establece el artículo 278, en su primer punto, del Tratado de 13 de diciembre de 2007 sobre el Funcionamiento de la

<sup>79</sup> A. Puttler interpreta sobre este artículo 80.1 que el efecto suspensivo del acto administrativo se produce siempre que interfiera en los derechos o intereses de cualquier ciudadano, aportando jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) que considera el efecto suspensivo del acto administrativo como una garantía de la protección jurídica que reconoce el artículo 19.4 de la Ley Fundamental, comentario al artículo 80, en SODAN y ZIEKOW (eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung-Grosskommentar* cit. (cita 20), ps. 1597 y ss., véase también sobre el efecto suspensivo de ese precepto y su vinculación con el artículo 19.4, Ley Fundamental, SOMMERMANN, K.-P., *Die Deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2ª ed., Speyerer Forschungsberichte, Speyer, ps. 59 y ss.

<sup>80</sup> En este sentido se manifiesta D. Capitán en su análisis comparado de los Derechos francés y alemán, *Punto de vista francés sobre la ley alemana de la justicia administrativa*, en ABERASTURY (coord.), *Ley de la Justicia Administrativa alemana* cit. (cita 10), ps. 111 y ss.

Unión Europea (TFUE), lo cual ha planteado algunas dificultades en el Derecho alemán, pues el Tribunal de Justicia ha condenado a Alemania a la aplicación restrictiva de la regla del efecto suspensivo de los actos administrativos dictados en aplicación del Derecho Comunitario, cuando dicho efecto pueda hacer peligrar la ejecución eficaz de los mismos. Sin embargo, esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido criticada por la doctrina alemana al entender que rebasa sus competencias<sup>81</sup>. Por otra parte, el punto segundo de ese artículo 278 del TFUE determina que el Tribunal de Justicia, examinadas las circunstancias del caso, puede ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, con lo que se otorga al juez un arma eficaz para decretar la suspensión.

En el Derecho español, sobre la base del artículo 24.1, CE, se dispone en el artículo 129.1, LJCA, la posibilidad de la toma de medidas cautelares para asegurar la efectividad de la sentencia, o sea para garantizar la tutela judicial efectiva. La redacción de ese precepto, en principio abierto a la tutela cautelar, se restringe notablemente en el artículo 130.1 de la ley cuando dice que sólo se concederá si la ejecución del acto o aplicación de la disposición desvirtuase la finalidad del recurso, acudiendo al *periculum in mora* para conceder o no la medida cautelar. La pérdida de la finalidad legítima del recurso plantea una ponderación entre intereses públicos y privados, y el examen por el juez si la ejecución del acto desvirtúa o no el proceso y el sentido de la demanda principal. Por otra parte, el artículo 130.2 de la LJCA otorga una muy amplia capacidad de decisión al juez, puesto que la “perturbación grave de los intereses generales” es un concepto jurídico indeterminado que permite muy diversas interpretaciones. Los términos en los que están redactados esos artículos 129 y 130 es cierto que suprimen la ejecutividad de todo acto administrativo, pero están redactados de manera ambigua, no han modificado sustancialmente la situación en relación con la ley anterior, y otorgan en cualquier caso un excesivo poder al juez en su interpretación, por lo que la crítica de la doctrina española es dura<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Desde esta perspectiva vid. PUTTLER, comentario al artículo 80, en SODAN y ZIEKOW (eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung-Grosskommentar* cit. (cita 20), ps. 1601 y s.

<sup>82</sup> Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Admi-*



El artículo 47.1 del CMJA excluye del efecto suspensivo automático la denegación de una petición, lo cual es comprensible al tener el derecho de petición una naturaleza jurídica distinta<sup>83</sup>, y un contenido más bien de solicitud de algo a lo que se puede tener o no derecho, por lo que se podría considerar como un derecho de participación política en sentido amplio, muy alejado de un recurso ante un acto administrativo, en la que el ciudadano plantea la exigencia de que se le otorguen y/o respeten derechos o intereses.

B) El párrafo segundo del artículo 47 del CMJA, teniendo en cuenta que la tutela cautelar se confiere urgentemente y que suspende automáticamente los efectos del acto administrativo, establece que el juez debe estudiar dentro de un plazo relativamente breve (quince días) si mantiene o no la suspensión, siempre que afecte a derechos o intereses legítimos, que es lo que habitualmente sucede con la toma de este tipo de medidas.

El artículo 47.2 del CMJA tiene un carácter procedimental, por lo que teniendo en cuenta que se trata de un Código Modelo, cuyo contenido podría ser adoptado por alguna ley de justicia administrativa de cualquier Estado, en esa ley debería ser desarrollado con concreción, puesto que la redacción de este artículo 47.2 se ha llevado a cabo en términos generales. Lo único que debería ser respetado de este precepto en la inclusión en una ley nacional sobre la materia es que el juez debe tomar la decisión sobre la ratificación o no de la tutela cautelar en un plazo de tiempo muy breve.

C) El párrafo tercero del artículo 47 plantea una excepción a la tutela cautelar y la consiguiente ejecutividad del acto administrativo, siempre que concurren razones de seguridad pública, que en cualquier caso deberá realizarse por ley, con lo que es el Parlamento el que introduce una reserva de ley para incluir razones de seguridad pública

*nistrativo II cit. (cita 6), ps. 662 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa cit. (cita 7), ps. 1262 y ss., y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., Tratado de Derecho Administrativo, Thomson & Civitas, Navarra, 2008, t. III, vol. II, ps. 1125 y s.*

<sup>83</sup> Por ejemplo, en la Constitución española se reconoce como un derecho fundamental al estar acogido en el artículo 29.1 y lo mismo ocurre en la Ley Fundamental alemana en su artículo 17.

como excepción a la regla general de la suspensión. Pero incluso el juez, si se tiene en cuenta que la seguridad pública es un concepto jurídico indeterminado, podrá entrar a conocer y concretar, utilizando los instrumentos que ofrece el artículo 45 del CMJA, ese concepto jurídico indeterminado.

Con la redacción de este párrafo tercero los redactores del Código Modelo pretenden que las excepciones a la suspensión sean precisas y con contenido concreto, estableciendo en una línea nítida donde la suspensión es la regla general, tal como se dispone en el párrafo 1º de este artículo 47.

**TÍTULO VI**  
**RECURSOS ORDINARIOS**

**CAPÍTULO I**  
**APELACIÓN\***

**Art. 48** *Principios:*

- (1) Las sentencias y otras decisiones de los tribunales administrativos de primera instancia pueden ser apelados ante un tribunal de segunda instancia con efecto devolutivo. El legislador puede restringir el acceso al juez de apelación siempre que no suponga una restricción desproporcionada a la efectividad de la protección jurisdiccional.
- (2) El recurso de apelación no tiene efecto suspensivo. Cuando de la ejecución de la resolución pudiese resultar un perjuicio grave e irreparable, el tribunal de apelación puede ordenar la suspensión de la ejecución de esa resolución mediante decisión motivada.

**Art. 49** *Admisibilidad de la apelación:*

- (1) Sólo las partes y los terceros mencionados en el artículo 29 pueden interponer recurso de apelación.
- (2) El plazo para interponer el recurso de apelación es de un mes desde la notificación de la sentencia.

### **1. Introducción: los principios y la admisibilidad del recurso**

El artículo 13 (*Grados jurisdiccionales*) del Código Modelo establece: “La jurisdicción administrativa conoce en dos o tres grados de jurisdicción”.

\* Arts. 48 y 49 comentados por GABRIELE BOTTINO.

En aplicación de este principio, el Título VI (*Recursos ordinarios*) dedica el Capítulo 1 a la jurisdicción de apelación (el segundo nivel de jurisdicción), y el Capítulo 2 a la jurisdicción de casación (el tercer nivel de jurisdicción).

Todas las decisiones de los tribunales administrativos de primera instancia pueden ser recurridas ante un tribunal administrativo de segunda instancia, ya sea en forma de “sentencia” (art. 40 del Código) o en otra forma escrita (decreto, orden: entre ellas, las decisiones provisionales mencionadas en el art. 45 del Código).

El recurso de apelación tiene siempre un “efecto devolutivo” (art. 48, ap. 1º, primera frase): ante el tribunal de segunda instancia se revisa el fondo, de hecho y de derecho, del litigio ya resuelto en primera instancia.

Con el fin de reducir la litigiosidad, la segunda frase del mismo artículo 48, párrafo 1º, confía al legislador la posibilidad de limitar el acceso al tribunal de apelación, siempre que dichas limitaciones no causen una “restricción desproporcionada” a la eficacia de la tutela judicial (el principio de eficacia se recoge expresamente en el art. 1º, párrafo 1º, del Código).

Se trata, por tanto, de una ponderación de intereses, confiada a la discrecionalidad del legislador: cualquier limitación del acceso a los recursos debe ceder, sin embargo, ante la necesidad de garantizar la eficacia de la tutela judicial –no limitada a un único nivel de enjuiciamiento– reservada a las posiciones jurídicas subjetivas de los particulares, frente a las actuaciones de las administraciones públicas (“actuación administrativa”, según la definición del art. 1º, párrafo 2º del Código).

La presentación de un recurso contra la decisión del tribunal administrativo de primera instancia no tiene, por regla general, efecto suspensivo (art. 48, apartado 2º, primera frase): esta decisión tiene, pues, efectos propios (de anulación, condena a hacer algo, condena a abstenerse de hacer algo, valoración, según el art. 2º del Código) en relación con la acción administrativa.

La excepción a esta regla, expresada en la segunda frase del apartado 2º del artículo 48, es la posibilidad de que se produzcan “perjuicios

graves e irreparables” como consecuencia de la ejecución de la resolución de primera instancia: en este caso, corresponde al tribunal de apelación –normalmente a petición expresa de la parte que impugnó la sentencia de primera instancia, petición que figura en el recurso de apelación– pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución de la resolución de primera instancia mediante una resolución motivada.

El derecho a recurrir (art. 49.1) se concede a las partes del procedimiento en primera instancia y a los terceros que, en virtud del artículo 29 del Código, hayan sido admitidos a intervenir en el mismo procedimiento.

El plazo para interponer el recurso, establecido en el apartado 2º del artículo 49, es especialmente breve: un mes desde la notificación de la sentencia en primera instancia.

El uso del sustantivo “notificación” –también debido a las múltiples traducciones lingüísticas del Código– adquiere un significado amplio, que abarca tanto la notificación de la resolución por una de las partes del procedimiento en primera instancia a las demás partes del mismo procedimiento, como el archivo de la resolución por el tribunal administrativo de primera instancia en su secretaría.

## **2. El recurso en el Derecho Procesal Administrativo italiano y breves consideraciones comparativas**

Según el artículo 103, párrafo 1º, de la Constitución italiana, “el Consejo de Estado y los demás órganos de la justicia administrativa son competentes para la tutela frente a la administración pública de los intereses legítimos y, en las materias particulares señaladas por la ley, también de los derechos subjetivos”.

En aplicación de las disposiciones constitucionales, el Libro III del Código del Proceso Administrativo (decreto legislativo 104 de 2010, CPA, arts. 91 a 111) está dedicado –en el ordenamiento jurídico italiano– al tema de los “recursos” contra las decisiones pronunciadas por los jueces administrativos de primera instancia (los Tribunales Administrativos Regionales).

Después del Título I (arts. 91 a 99), destinado a establecer los

principios de referencia (*Los recursos en general*)<sup>1</sup>, el Título II (arts. 100 a 105) regula expresamente los procedimientos del recurso<sup>2</sup>.

El análisis de estas disposiciones legales –también a través de su interpretación y aplicación en la jurisprudencia–, junto con algunas breves consideraciones comparativas<sup>3</sup> (en particular con referencia al Derecho Procesal Administrativo francés), permite aplicar en la práctica los principios del Código, examinados anteriormente.

El recurso de apelación se identifica expresamente, en el artículo 91, CPA, entre los medios para recurrir las resoluciones de los Tribunales Administrativos Regionales, junto con la revocación, la oposición de terceros y el recurso de casación<sup>4</sup>.

En cuanto a los plazos de interposición del recurso, el artículo 92, CPA, establece el plazo perentorio de sesenta días (ap. 1º), a partir de la notificación de la resolución impugnada (por una de las partes del procedimiento en primera instancia, a las demás partes implicadas en el mismo procedimiento) o, en su defecto, en un plazo de seis

<sup>1</sup> Sobre el tema, *ex plurimis*: GRECO, Guido (junto a CAFAGNO, Maurizio; GALETTA, Diana-Urania; RAMAJOLI, Margherita y SICA, Marco), *Argomenti di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2021, ps. 492 y ss.; MENCHINI, Sergio, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, en *Diritto Processuale Amministrativo*, 2020, 4, ps. 803 y ss.

<sup>2</sup> Sobre el recurso en el Derecho Procesal italiano: TRAVI, Aldo, *Appello (Diritto Amministrativo)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, Agg. III, ps. 151 y ss.; GALLO, Carlo Emanuele, *Appello nel processo amministrativo*, en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Milano, 1987 y 2012, *ad vocem*.

<sup>3</sup> Con referencia al ordenamiento inglés, PANGALLOZZI, Maria Cristina, *Le trasformazioni del Diritto Amministrativo inglese: i “nuovi” Administrative Tribunals*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2016, 2, ps. 453 y ss.; por una comparación entre el sistema italiano y alemán, BONTEMPI, Valerio, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2020, 3, ps. 678 y ss.

<sup>4</sup> “Con la salvedad, sin embargo, de que algunos son medios de impugnación ‘ordinarios’, en el sentido de que se refieren a una sentencia que no ha pasado a ser cosa juzgada (y de hecho su presentación impide la formación de la cosa juzgada, al menos hasta la resolución correspondiente), otros son, por el contrario, ‘extraordinarios’, ya que también pueden referirse a sentencias que han pasado a ser cosa juzgada: el recurso de apelación y la casación pertenecen a la primera categoría, mientras que la revocación y la oposición de tercero pueden entrar, según los casos, en una u otra categoría”, GRECO, *ob. cit.*, p. 492.

meses a partir de la publicación de la resolución (su depósito en la secretaría del tribunal de primera instancia).

Todos los recursos interpuestos por separado por varias partes contra una misma resolución deben ser unidos –por el tribunal de apelación– en un solo proceso (art. 96, párrafo 1º, CPA): el llamado recurso “inidental” se admite expresamente, según las modalidades establecidas por el mismo artículo 96, párrafos 2º a 5º, CPA (párrafo 3º)<sup>5</sup>.

La presentación del recurso no tiene efecto suspensivo sobre la decisión de primera instancia, que es objeto del recurso: el juez de apelación puede sin embargo –a petición de parte, y mediante auto pronunciado en sala– ordenar la suspensión de la ejecutoriedad de la sentencia impugnada (así como cualquier otra medida cautelar que se considere oportuna), valorando las razones expuestas en la misma petición de las partes, y si de la ejecución de la decisión de la primera instancia puede resultar un perjuicio grave e irreparable (art. 98, CPA).

El Tribunal de Apelación en Italia es el Consejo de Estado (art. 100, CPA)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> “Las partes (incluidas las que no comparecieron) que perdieron en primera instancia tienen derecho a recurrir. Por tanto, en un recurso de anulación de un acto administrativo, el recurrente en primera instancia tendrá derecho a recurrir si el recurso ha sido desestimado y el acto administrativo ha seguido vigente, mientras que la administración demandada y el interesado tendrán derecho a recurrir si el recurso ha sido aceptado y el acto administrativo anulado.

”Pero la realidad procesal no siempre sigue estos esquemas elementales y son frecuentes los casos (pensemos en la derrota mutua en primera instancia), en los que varias partes, incluso adversarios entre sí, están interesadas y tienen derecho a apelar. En este caso, se aplica la regla de que cualquier apelación propuesta después de la primera debe tomar la forma de una apelación incidental (artículo 96, CPA: de hecho, por el principio de ‘concentración’ de la tutela [art. 7º, inciso 7º, CPA], todos los recursos contra una misma sentencia deben concluir en un solo proceso)...”. GRECO, ob. cit., p. 493. Adde: SAITTA, Fabio, *Processo amministrativo ed appello incidentale: vetera et nova*, en *Diritto Processuale Amministrativo* cit., 4, ps. 862 y ss.; MUSONE, Roberto, *L'appello cumulativo nel processo amministrativo*, en *Diritto Processuale Amministrativo* cit., 2, ps. 421 y ss.

<sup>6</sup> Excepto los recursos interpuestos contra las decisiones del Tribunal Administrativo Regional de Sicilia, que deben presentarse ante el Consejo de Justicia Administrativa de la Región Siciliana (aún art. 100, CPA). Con referencia al ordenamiento francés: “*Le Conseil d'Etat est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier*

El recurso se interpone –por las partes entre las que se pronunció la resolución de primera instancia (art. 102, ap. 1º, CPA)– mediante un recurso de apelación, que contiene “críticas específicas” contra los “capítulos” de la resolución de primera instancia que se recurre: en todo caso, las pretensiones y excepciones declaradas consentidas o no examinadas, en la resolución de primera instancia se considerarán renunciadas, salvo que se vuelvan a proponer expresamente en la demanda o en los escritos del recurso (art. 101, aps. 1º y 2º, CPA).

De ahí el llamado “efecto devolutivo”, y sus límites conexos, que subyacen en el objeto del recurso<sup>7</sup>. En efecto, junto con las pretensiones y excepciones no reproducidas expresamente por las partes, en el procedimiento de recurso (art. 104, CPA):

- (a) No se pueden plantear nuevas reclamaciones y excepciones que no se puedan plantear de oficio (párrafo 1º);
- (b) no podrán aportarse nuevas pruebas ni presentarse nuevos documentos, a menos que el tribunal de apelación los considere esenciales para la resolución del caso, o que la parte demuestre que no

*ressort par les diverses juridictions administratives ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel”, Code de Justice Administrative (CJA), art. L. 111-1; “Les Cours Administratives d’Appel connaissent des jugements rendus en premier ressort par les tribunaux administratifs, sous réserve des compétences attribuées au Conseil d’Etat en qualité de juge d’appel et de celles définies aux articles L. 552-1 et L. 552-2”, CJA, art. L. 211-2 (cfr. anche l’art. L. 321-1, l’art. 321-2, e l’art. L. 811-1); “Sauf disposition contraire, le délai d’appel est de deux mois. Il court contre toute partie à l’instance à compter du jour où la notification a été faite à cette partie dans les conditions prévues aux articles R. 751-3 à R. 751-4-1”, CJA, art. R. 811-2.*

<sup>7</sup> “El recurso contra la sentencia del TAR se propone al *Consiglio di Stato*, que es el juez de segundo grado y que, en esta situación, está autorizado para realizar un reexamen básicamente completo de la cuestión decidida en primera instancia. El recurso, en efecto, es un gravamen de tipo renovable y opera, se dice, un efecto devolutivo, en el sentido de que vuelve a proponer al Juez de apelación las mismas cuestiones tratadas en primera instancia, con todos los elementos y pruebas ya adquiridas. Esto es ciertamente cierto, dentro de los límites del motivo del recurso, ya que todas las cuestiones no planteadas expresamente se consideran renunciadas. Por otro lado, no se pueden plantear en el recurso cuestiones o excepciones nuevas que no se puedan plantear de oficio (art. 104, CPA): ésta es la conocida prohibición del *novum* en apelación, que también afecta al proceso administrativo”, GRECO, ob. cit., ps. 492-493.



pudo proponerlos o presentarlos –en el procedimiento de primera instancia– por una razón que no le sea imputable (párrafo 2°);

- (c) pueden presentarse motivos adicionales si la parte tiene conocimiento de documentos que no fueron presentados por las otras partes en el procedimiento en primera instancia y que revelan defectos en los actos administrativos impugnados (párrafo 3°).

Por lo que respecta al contenido de la decisión del tribunal de apelación, normalmente decide sobre el fondo del litigio: en efecto, la devolución al tribunal de primera instancia sólo se admite en los casos en que –en primera instancia– no hubo contradictorio o se vulneró el derecho de defensa de una de las partes, así como en los casos en que el tribunal de apelación declara la nulidad de la resolución de primera instancia, revoca la sentencia o el auto que (también en primera instancia) declinó la jurisdicción, se pronunció sobre la competencia o declaró la extinción o perención del proceso<sup>8</sup> (art. 105.1, CPA).

<sup>8</sup> “Sin embargo, cabe señalar que el juez de apelación no siempre puede decidir toda la controversia. En algunos casos la aceptación del recurso implica la remisión al juez de primera instancia, pero se trata únicamente de casos excepcionales y taxativos, previstos expresamente por la ley y que, por tanto, no son susceptibles de interpretaciones análogas o extensivas (ni siquiera en el nombre de la *prevalenza del solo principio del doppio grado di giudizio rispetto ad altri parametri costituzionali*: Cons. St., Ad. Plen., N° 10, 11, 14 y 15 de 30 julio 2018). El Código [CPA] prevé el reenvío al Juez de primer grado, también para ser eliminado de oficio (Cons. St., Ad. Plen. N° 10, 11 y 15 del 30 julio 2018), cuando la sentencia de primera instancia adolezca de vicios procesales especialmente graves, que hayan impedido que una o todas las partes completen la instancia (por ejemplo por falta de integración del contrainterrogatorio), o sea reformada por el Juez de Recurso por haber declinado (erróneamente) la competencia o, en todo caso, en supuestos de absoluta falta de motivación (lo que se produce sólo cuando *anomalie argomentative sono di gravità tale da collocare la motivazione al di sotto del minimo costituzionale di cui all’art. 111, comma 5, Cost.*: Cons. St., Ad. Plen., N° 10 y 11 del 30 julio 2018), o incluso en los casos en que la sentencia haya sido declarada extinta sin las condiciones para ello, violando al mismo tiempo los derechos de defensa (Cons. St., Ad. Plen., N° 10 del 2018). El Código (CPA) prevé para tales casos el reenvío al juez de primera instancia, luego de la anulación de la sentencia (c. d. anulación con reenvío). Tampoco podría ser de otra manera: porque si el Consejo de Estado definiera también la controversia en estos casos, se excluiría la doble apelación que, aunque no está garantizado constitucionalmente, responde a elecciones básicas [del sistema procesal italiano]”, GRECO, ob. cit., ps. 494-495, e note da (181) a (186).



## CAPÍTULO 2

### CASACIÓN\*

#### Art. 50 *Principios:*

- (1) Las sentencias y las decisiones de los tribunales de apelación y las de los tribunales administrativos que no pueden ser apeladas pueden ser recurridas en casación ante una Corte Suprema. Podrá limitarse el acceso al juez de casación siempre que no suponga una restricción desproporcionada a la efectividad de la protección jurisdiccional, especialmente con el objetivo de evitar una revisión aislada de las decisiones interlocutorias.
- (2) Los recursos de casación no tienen efecto suspensivo. Cuando de la sentencia o resolución pudiese resultar un perjuicio grave o irreparable, la Corte Suprema puede ordenar la suspensión mediante decisión motivada.

#### Art. 51 *Admisibilidad del recurso de casación:*

- (1) El legislador puede prever la inadmisibilidad de los recursos en casación manifiestamente infundados según un procedimiento abreviado.
- (2) Sólo las partes y los terceros mencionados en el artículo 29 pueden interponer un recurso de casación.
- (3) El plazo para interponer el recurso de casación es de un mes desde la notificación de la sentencia.

Art. 52 *Contenido de la sentencia.* Si la sentencia es anulada, la Corte remitirá la causa al tribunal de instancia competente para que dicte nueva sentencia, salvo que considere que puede decidir sobre el fondo.

### 1. Introducción: los principios y la admisibilidad del recurso de casación

El artículo 13 (*Grados jurisdiccionales*) del Código Modelo esta-

\* Arts. 50 a 52 comentados por GABRIELE BOTTINO.

blece: “La jurisdicción administrativa conoce en dos o tres grados de jurisdicción”.

En aplicación de este principio, el Título VI (*Recursos ordinarios*) dedica el Capítulo 1 a la jurisdicción de apelación (segunda instancia judicial), y el Capítulo 2 a la jurisdicción de casación (tercera instancia judicial).

El Capítulo 2, al regular la jurisdicción de casación, establece los recursos ordinarios disponibles contra las sentencias de los tribunales administrativos.

Pueden ser susceptibles del recurso de casación, ante una Corte Suprema, todas las sentencias de los tribunales administrativos de apelación, así como las decisiones (sentencias, decretos, órdenes) de los tribunales administrativos de primera instancia, que no pueden ser recurridas en apelación (art. 50, párr. 1º, primera frase).

Con el fin de reducir la litigiosidad, la segunda frase del artículo 50, apartado 1º, otorga al legislador dos posibilidades de limitar el recurso de casación: la primera es de carácter general, ya que no especifica los casos en los que es posible dicha limitación, pero nunca debe suponer una “restricción desproporcionada de la eficacia de la tutela judicial” (el principio de eficacia se recoge expresamente en el art. 1º, apartado 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil); el segundo, en cambio, adquiere un carácter tipificado, ya que el recurso de casación puede limitarse para evitar que se trate de resoluciones interlocutorias –aisladas y no definitivas– pronunciadas por jueces administrativos de primera o segunda instancia.

Al igual que la presentación del recurso de apelación, la presentación del recurso de casación –por regla general– no tiene efecto suspensivo sobre la resolución impugnada (art. 50, apartado 2º, primera frase): de nuevo por analogía con las disposiciones para el procedimiento de apelación, esta regla está sujeta a excepción (art. 50, apartado 2º, segunda frase) sólo en el caso de que la ejecución de la resolución impugnada en casación pueda derivar en un “daño grave e irreparable”. De ser así, corresponde a la Corte Suprema ordenar la suspensión de dicha ejecución mediante una decisión motivada.

En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación (art. 51, párr.

1º), el legislador puede prever expresamente que, en el caso de recursos manifiestamente infundados, la Corte Suprema resuelva el caso mediante un procedimiento abreviado.

El derecho a interponer un recurso de casación (art. 50.2) se concede a las partes en el proceso en el que se dictó la resolución impugnada y a los terceros que, en virtud del artículo 29 del Código, han sido autorizados a intervenir en el mismo.

Como ya se ha señalado anteriormente, al comentar las normas del Código sobre el recurso de casación, el plazo para interponerlo (art. 50.3) es especialmente breve: un mes desde la “notificación” de la sentencia impugnada.

También en este caso, el uso del sustantivo “notificación” adquiere un significado amplio: incluye tanto la notificación de la resolución a una de las partes en confrontación con las demás partes como el archivo de la resolución por el juez administrativo de primera instancia o de apelación en la secretaría correspondiente.

Al resolver el recurso de casación (art. 52), la sentencia de la Corte Suprema puede adoptar dos contenidos diferentes, que se dejan a la elección del legislador: anular la sentencia impugnada y remitir la decisión del caso, sobre el fondo, al tribunal competente, o decidir, ella misma, sobre el fondo.

## **2. El recurso de casación en el Derecho Procesal Administrativo italiano y breves consideraciones comparativas**

Según el último párrafo del artículo 111 de la Constitución italiana: “...contra las decisiones del Consejo de Estado [...] sólo se admite el recurso de casación por razones inherentes a la jurisdicción”.

Recordando lo ya expuesto sobre el tema del recurso, el Libro III del Código del Proceso Administrativo (decreto legislativo 104 de 2010, CPA, arts. 91 a 111) está dedicado –en el ordenamiento jurídico italiano– al tema de los “recursos” contra las decisiones pronunciadas por los jueces administrativos.

Tras un Título I (arts. 91 a 99), destinado a establecer los principios

de referencia (*El recurso de casación en general*)<sup>1</sup>, el Título V (arts. 110 y 111) regula expresamente el recurso de casación<sup>2</sup>.

El análisis de estas disposiciones legales –también a través de su interpretación y aplicación por la jurisprudencia–, junto con algunas breves consideraciones comparativas<sup>3</sup> (en particular con referencia al sistema procesal administrativo francés), permite aplicar en la práctica los principios del Código, examinados anteriormente.

En aplicación del citado artículo 111, último párrafo, de la Constitución italiana, el recurso de casación –“por los únicos motivos inherentes a la jurisdicción”– se identifica expresamente, en el artículo 91, CPA, entre los medios de impugnación de las sentencias de los jueces administrativos, junto con el recurso de apelación, la revocación y la oposición de terceros<sup>4</sup>.

En cuanto a los plazos para la interposición del recurso de casación, el artículo 92, CPA, establece el plazo perentorio de sesenta días (apartado 1º), a partir de la notificación de la sentencia impugnada (por

<sup>1</sup> En argumento, *ex plurimis*: GRECO, Guido (junto a CAFAGNO, Maurizio; GALETTA, Diana-Urania; RAMAJOLI, Margherita y SICA, Marco), *Argomenti di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2021, ps. 492 y ss.; MENCHINI, Sergio, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, en *Diritto Processuale Amministrativo*, 2020, 4, ps. 803 y ss.

<sup>2</sup> En el Derecho Procesal italiano, sobre el recurso de casación contra las sentencias del Consejo de Estado: VERRIENTI, Luca, *Ricorso per Cassazione (decisione giurisdizionale amministrativa)*, en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Milano, 1997 y 2011, *ad vocem*; PATRITO, Paolo, *I “motivi inerenti alla giurisdizione” nell’impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

<sup>3</sup> Con referencia al ordenamiento inglés, PANGALLOZZI, Maria Cristina, *Le trasformazioni del diritto amministrativo inglese: i “nuovi” Administrative Tribunals*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2016, 2, ps. 453 y ss.; para una comparación con el sistema italiano y alemán, BONTEMPI, Valerio, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2020, 3, ps. 678 y ss.

<sup>4</sup> “Con la salvedad, sin embargo, de que algunos son medios de impugnación ‘ordinarios’, en el sentido de que se refieren a una sentencia que no ha pasado a ser cosa juzgada (y de hecho su presentación impide la conformación de la cosa juzgada, al menos hasta la resolución correspondiente), otros son, por el contrario, ‘extraordinarios’, ya que también pueden referirse a sentencias que han pasado a ser cosa juzgada: el recurso de apelación y la casación pertenecen a la primera categoría, mientras que la revocación y la oposición de tercero pueden entrar, según los casos, en una u otra categoría”. GRECO, ob. cit., p. 492.

una de las partes en el proceso de recurso, a las demás partes implicadas en el proceso) o, a falta de dicha notificación (apartado 3º), en el plazo de seis meses desde la publicación de la sentencia (su presentación en la secretaría del tribunal de apelación).

En Italia, sólo se admite el recurso de casación contra las sentencias del Consejo de Estado, juez administrativo en grado de apelación (art. 110, CPA) –y, por tanto, no contra las sentencias de los Tribunales Administrativos Regionales, jueces administrativos en primera instancia– ante la Corte Suprema de Casación<sup>5</sup>.

Sin perjuicio de la regla según la cual la presentación de un recurso de casación no impide la ejecución de la sentencia del Consejo de Estado, corresponde a este último –si lo solicita mediante una solicitud notificada previamente por la parte que haya recurrido a la Corte de Casación a las demás partes– suspender los efectos de su sentencia, “en casos de excepcional gravedad y urgencia” (art. 111, CPA).

Los motivos del recurso de casación contra las sentencias del Consejo de Estado pueden ser “los únicos motivos relativos a la jurisdicción” (arts. 91 y 110, CPA)<sup>6</sup>: la interpretación de esta noción, sin

<sup>5</sup> “...la sentencia dictada por el Consejo de Estado en apelación [no] puede ser inmediatamente definitiva. Es necesario esperar a que expire el plazo para un posible recurso de casación que, si se presenta efectivamente, prolonga el tiempo de los procedimientos pendientes”. GRECO, ob. cit., p. 496. Con respecto al ordenamiento francés: “*Les arrêts rendus par les cours administratives d’appel et, de manière générale, toutes les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives peuvent être déferés au Conseil d’Etat par la voie du recours en cassation*”, *Code de Justice Administrative* (CJA), art. L. 821-1; “*S’il prononce l’annulation d’une décision d’une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d’Etat peut soit renvoyer l’affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l’affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l’affaire au fond si l’intérêt d’une bonne administration de la justice le justifie. Lorsque l’affaire fait l’objet d’un second pourvoi en cassation, le Conseil d’Etat statue définitivement sur cette affaire*”, CJA, art. L. 821-2; “*Le pourvoi en cassation devant le Conseil d’Etat fait l’objet d’une procédure préalable d’admission. L’admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n’est fondé sur aucun moyen sérieux*”, CJA, art. L. 822-1; “*Sauf disposition contraire, le délai de recours en cassation est de deux mois*”, CJA, art. R. 821-1.

<sup>6</sup> “No se trata, sin embargo, de una tercera instancia (como ocurre en el proceso civil), ya que el recurso de casación sólo se admite contra las sentencias del Consejo de Estado por razones inherentes a la jurisdicción (art. 111, último párrafo de la

embargo, sufre una extensión constante de la jurisprudencia de la Corte de Casación, a la que se oponen las orientaciones –justificadamente contrarias– de la doctrina y de la Corte Constitucional<sup>7</sup>.

Constitución, y art. 111, párrafo 1º, CPA). Con la consecuencia adicional de que el Consejo de Estado actúa, en los procedimientos administrativos, como ‘juez de última instancia’ (art. 111, último párrafo, Cost., y art. 111, párrafo 1º, CPA). Con la consecuencia adicional de que el *Conseil d’État* actúa, en los procedimientos administrativos, como ‘juez de última instancia’...”, GRECO, ob. cit., p. 496.

<sup>7</sup> “Dado que el recurso de casación sólo se admite por razones de competencia, debe limitarse a los casos en los que el juez administrativo se haya arrogado una competencia que no le es propia (bien porque pertenece a otro juez, bien porque no es un cargo sustancial, y como tal recurrible), o bien porque haya declinado erróneamente su propia competencia. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte de Casación, basada en los llamados límites externos de la jurisdicción administrativa, ha ampliado los supuestos de admisibilidad de los recursos de casación también a los casos llamados excesos de poder jurisdiccional (cuando el juez administrativo ha invadido el ‘fondo’ reservado a la administración pública: Cass., 12-3-2012, Nº 3854), o a las hipótesis en las que rechazó su propia competencia, aunque la posición sea de protección garantizada y no sea competencia del juez ordinario o de otros jueces especiales (éste fue el caso de la supuesta incompetencia para la indemnización de daños y perjuicios por lesión de intereses legítimos, en ausencia de impugnación previa del acto: Cass., sez. un., 6-3-2009, Nº 5464). Este amplio enfoque ha sido objeto de numerosas y severas críticas por parte de la doctrina. A este respecto, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado negativamente, afirmando que ‘cualquier interpretación de estos motivos que, superando su ámbito tradicional, conduzca a una asimilación más o menos completa de los dos tipos de recurso’, es decir, el recurso por razón de la competencia contra las sentencias del Consejo de Estado en virtud del artículo 111, apartado 8º, de la Constitución italiana y el recurso por infracción de ley contra las sentencias de otros jueces previsto en el apartado 7º del mismo artículo, debe considerarse inadmisibles (Tribunal Constitucional, 18-1-2018, Nº 6). De ello se desprende que la extralimitación de la potestad jurisdiccional, por la que se puede interponer un recurso de casación contra las sentencias del Consejo de Estado, se limita a los casos de incompetencia absoluta. La Corte de Casación siguió, inicialmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, más tarde, las Secciones de la Unión volvieron a examinar la cuestión con referencia específica a la posibilidad de incluir en los fundamentos de la jurisdicción las alegaciones de violación de las normas de la UE o del CEDH [...] Al no poder pronunciarse de forma independiente sobre la misma cuestión ya resuelta por el juez de las leyes en sentido negativo, la Suprema Corte ha planteado tres cuestiones prejudiciales al amparo del artículo 267, TFUE (Cass., sez. un., ord. 18-9-2020, Nº 19598)”, GRECO, ob. cit., ps. 496-497, e *note da (189) a (192)*. Sobre el reenvío de decisión prejudicial, *amplius*, BARBIERI, Ezio Maria, *Un ricorso per Cassazione per difetto di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato approda, forse senza ragione, alla Corte di Giustizia UE*, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, 1, ps. 103 y ss.



## TÍTULO VII

### RECURSO DE REVISIÓN\*

**Art. 53** *Admisibilidad y competencia.* El recurso de revisión contra las sentencias firmes, dictadas por los tribunales de la jurisdicción administrativa, se interpondrá ante una Corte Suprema de Justicia en los siguientes casos:

- (1) Cuando en el proceso se hayan cometido faltas graves procedimentales, relativas a la composición ilegal del tribunal, la falta de citación o de oportunidad de defensa de una de las partes o de los terceros a los que se refiere el artículo 29.
- (2) Cuando se descubrieran nuevos hechos o elementos de prueba esenciales para la resolución del asunto que no estaban a disposición de las partes.
- (3) Cuando en la sentencia hubieren influido, de forma decisiva, documentos, testimonios u otras pruebas declarados luego falsos por sentencia judicial firme.
- (4) Cuando la decisión hubiese sido adoptada en base a una actuación por la cual una persona hubiese sido condenada penalmente a través de sentencia firme.

**Art. 54** *Plazo.* El recurso de revisión sólo procederá dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia a que se refieren los numerales 3º y 4º del artículo anterior o de haberse tenido noticia de la existencia de las circunstancias, hechos o elementos de prueba a que se refieren los numerales 1º y 2º del mismo artículo.

**Art. 55** *Medidas cautelares.* Cuando sea imprescindible para evitar graves perjuicios a derechos fundamentales o bienes superiores de la colectividad, la Corte puede adoptar medidas cautelares en el sentido del artículo 45.

\* Arts. 53 a 56 comentados por JESÚS MARÍA CASAL y DANIELA UROSA MAGGI.

**Art. 56 Sentencia.** Si la sentencia es anulada, la Corte Suprema de Justicia remitirá la causa al tribunal de instancia competente para que dicte nueva sentencia, salvo que considere que puede resolver sobre el fondo.

### 1. Naturaleza jurídica y alcance del recurso de revisión

Los artículos 53 al 56 del Proyecto Euroamericano Código Modelo de la Jurisdicción Administrativa desarrollan el recurso de revisión de sentencias definitivamente firmes dictadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El recurso de revisión se ha entendido tradicionalmente como un remedio extraordinario de impugnación de sentencias, que no constituye una nueva instancia y que obedece a la idea de excepción al principio de intangibilidad de la cosa juzgada, pues con ella “se pretende corregir, por lo menos en parte y con fundamento en la justicia, los excesos de la seguridad jurídica que se persigue con la institución de la cosa juzgada” (Cordón Moreno)<sup>1</sup>. Así, el recurso de revisión posee carácter extraordinario y excepcional y por ende limitado en su alcance, en las condiciones para su procedencia y en el plazo para su interposición<sup>2</sup>.

El recurso de revisión de sentencias sólo procede en circunstancias específicas y taxativamente establecidas en la ley sin que, como se dijo anteriormente, pueda constituirse en una nueva instancia del proceso ni pueda implicar un cuestionamiento del fondo del asunto resuelto en la decisión jurisdiccional impugnada. En consecuencia, el recurso de revisión no permite la corrección de eventuales errores de forma o fondo que se aleguen luego de dictada la sentencia, ni aun siquiera de aquellos que pudieran referirse a la valoración de la prueba.

Asimismo, importa destacar que el recurso de revisión, como enseña González Pérez, es un medio de impugnación fundado en motivos que tienen su origen fuera del proceso en que se dictó la sentencia impugnada que de haberse conocido habrían dado lugar a una decisión

<sup>1</sup> Cfr. BARCELONA LLOP, Javier, comentarios al artículo 102 de la LJ, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 707.

<sup>2</sup> BARCELONA LLOP, ob. cit., ps. 704 y ss.

diferente<sup>3</sup>. De este modo, se pretende diferenciar la revisión del recurso extraordinario de casación, que se fundamenta en hechos que tuvieron origen en el proceso cuya sentencia se revisa.

Sin embargo, algunas de las causales del recurso de revisión establecidas en el Código Modelo que se comenta, particularmente las establecidas en el artículo 53, numeral 1º, sí se refieren a hechos ocurridos durante el proceso, como serían faltas procedimentales graves, composición ilegal del tribunal, falta de citación o de defensa de las partes durante el juicio. Sobre esta causal nos referiremos de nuevo más adelante.

## **2. El recurso extraordinario de revisión en el proceso administrativo. Perspectiva de Derecho Comparado**

El recurso extraordinario de revisión es, como se dijo, un medio extraordinario de impugnación que ha existido tradicionalmente en el ámbito procesal civil y en el ámbito penal, y que consigue también previsión en algunas de las legislaciones contencioso-administrativas de Europa y Latinoamérica.

Así, este recurso está previsto en la legislación procesal administrativa de España, concretamente en el artículo 102 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y también en Colombia, en los artículos 248 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la ley 1437 de 2011, parcialmente modificada por la ley 2080/2021.

En otros países como Venezuela no está prevista en la legislación procesal administrativa institución procesal alguna que se identifique con el recurso de revisión. Así, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa venezolana de 2010 estableció un recurso de jurisdicción (art. 95), el cual posee finalidad diferente a la del recurso de revisión, pues se admite contra sentencias firmes “que transgredan el ordenamiento jurídico”, con el fin primordial de mantener la uniformidad del criterio jurisprudencial y sin disponer causales ta-

<sup>3</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3ª ed., Civitas, Madrid, t. II, ps. 1712 y ss.

xativas para su procedencia<sup>4</sup>. Sí se establece en cambio, en el ordenamiento jurídico venezolano, el recurso de revisión como institución propia del procedimiento administrativo, regulado así en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 97).

En algunos ordenamientos jurídicos el único recurso extraordinario en el orden contencioso-administrativo es el recurso de casación, tal como sucede en Francia, de acuerdo al Código de Justicia Administrativa<sup>5</sup>, y en Perú, de acuerdo al artículo 34.3 del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo<sup>6</sup>.

En Italia el Código de Proceso Administrativo establece en su artículo 106 la posibilidad de impugnar las sentencias de los tribunales administrativos regionales y el Consejo de Estado mediante el *recurso de revocación*, para lo cual se remite a las causales y procedimiento previsto en los artículos 395 y 396 del Código de Procedimiento Civil. Las causales de procedencia de ese recurso son parcialmente coincidentes con las del recurso extraordinario de revisión del Código Modelo objeto de estudio<sup>7</sup>.

En sentido similar a la modalidad italiana, el Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica impulsado por Jesús González Pérez establece una regulación general de los recursos extraordinarios en el proceso administrativo, remitiéndose a la aplicación analó-

<sup>4</sup> En todo caso, debe señalarse que mediante sentencia 1149 de la Sala Constitucional de 17-12-2010, fueron suspendidos los efectos de las normas de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa reguladoras del recurso de juridicidad, por lo que éste no se ha aplicado en la práctica.

<sup>5</sup> Artículos L. 821-1 y L. 822-1 del Código de Justicia Administrativa de Francia, disponible en [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070933/2021-05-28/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933/2021-05-28/).

<sup>6</sup> Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, disponible en <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0009/15-texto-unico-ordenado-de-la-ley-27584-ley-que-regula-el-proceso-contencioso-administrativo-1.pdf>.

<sup>7</sup> El texto del Código de Proceso Administrativo italiano puede consultarse en <https://www.giustizia-amministrativa.it/il-codice-del-processo-amministrativo-commentato> y el texto del Código de Procedimiento Civil italiano en <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/17/delle-impugnazioni>. En Brasil, de manera similar, véase el artículo 996 del Código de Proceso Civil (Ley 13.105/2015).

gica de las normas de la legislación procesal civil. Así, el artículo 63 de ese Código Modelo (*Recursos extraordinarios*) dispone: “Las sentencias firmes serán susceptibles de los recursos extraordinarios o excepcionales regulados por la legislación procesal civil en los supuestos y con los efectos en ella establecidos”. En consecuencia, se admite el recurso de revisión cuyo trámite se determina en aplicación de las normas procesales generales, sin establecer normas especiales para el caso del proceso administrativo. Esa regulación analógica está en sintonía con el criterio de González Pérez en el sentido de que al proceso administrativo deben aplicarse los principios generales e instituciones del proceso civil, estableciendo regulaciones especiales sólo cuando la naturaleza de la pretensión procesal administrativa así lo requiera<sup>8</sup>.

### 3. Objeto del recurso de revisión

En cuanto al *objeto* del recurso de revisión, señala el artículo 53 del Código Modelo que serán revisables las sentencias firmes dictadas por los tribunales de lo contencioso administrativo, entendiendo por tales aquellas decisiones contra las que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, bien porque se agotaron tales instancias, bien porque precluyó el plazo para su interposición. De este modo, según que en cada ordenamiento jurídico se prevea o no recurso de casación en el orden contencioso administrativo, habrá que determinar cuándo se entiende que una sentencia ha quedado definitivamente firme, esto es, cuándo se han agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios en su contra.

### 4. Competencia para conocer el recurso de revisión

En relación con la *competencia* para conocer de este recurso, el artículo 53 determina que se interpondrá “ante una Corte Suprema”, debiendo entenderse por tal la máxima instancia dentro de la estructura

<sup>8</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Código Procesal Administrativo. Modelo para Iberoamérica*, en *Revista de Administración Pública*, N° 165, septiembre-diciembre de 2004, ps. 381 y ss.

orgánica de los tribunales contencioso-administrativos de cada ordenamiento jurídico. En este sentido, difiere la regulación del Código respecto de las normas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española y de la legislación contencioso-administrativa colombiana, en las cuales no se concentra la competencia para conocer del recurso de revisión en un solo órgano, sino que dependerá de cuál sea el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia objeto de revisión.

## **5. Causales de procedencia del recurso de revisión**

En cuanto a las *causales del recurso de revisión*, el artículo 53 del Código dispone cuatro motivos de procedencia. Tales motivos, dado el carácter excepcional y extraordinario del recurso de revisión, son taxativos y deben ser de interpretación restrictiva, de modo que no vale incluir causales análogas ni extender su procedencia a casos no establecidos expresamente en la norma jurídica.

Tales causales son las siguientes:

5.1. *Cuando en el proceso se hayan cometido faltas graves procedimentales, relativas a la composición ilegal del tribunal, la falta de citación o de oportunidad de defensa de una de las partes o de los terceros a los que se refiere el artículo 29.*

Esta primera causal permite la revisión de los fallos firmes en cuyo juicio se hubieren verificado faltas procedimentales graves que hayan implicado indefensión de las partes o de terceros interesados, como sería, entre otras, la ausencia de citación. Dado el carácter extraordinario del recurso de revisión, esta causal sólo procederá en la medida en que se produjese grave indefensión en virtud de la cual la parte afectada no pudo alegar o aportar pruebas fundamentales a su favor para la resolución del juicio. Por el contrario, cuando se produjese algún defecto procedimental que causase cierta indefensión de la parte pero cuya revisión no hiciese variar la decisión de fondo, o bien cuando ese defecto de forma quedó subsanado durante el proceso, no será procedente el recurso de revisión. Su interpretación, se insiste, ha de ser estricta y literal, sin que ello implique, en modo alguno, contradicción al principio *pro actione* y al derecho a la defensa y al debido proceso.

5.2. *Cuando se descubrieran nuevos hechos o elementos de prueba esenciales para la resolución del asunto que no estaban a disposición de las partes.*

La redacción del Código es amplia al permitir la procedencia del recurso de revisión cuando se descubriesen hechos o elementos de prueba esenciales, sin restringirlo al descubrimiento de documentos, como sí se exige en el Derecho español. En todo caso, si bien puede tratarse de cualquier medio de prueba e incluso nuevos hechos que escaparon de la litis, es necesario que la parte recurrente en revisión demuestre: (i) que tal prueba sea anterior a la data de la sentencia firme a ser revisada pero obtenida luego de pronunciada la misma; (ii) que se trata de una prueba esencial o decisiva para el juicio, es decir que de haberse conocido previamente la decisión habría tenido un sesgo diferente, y (iii) que por causas no imputables a la parte no estuvo a su disposición durante el proceso concluido.

5.3. *Cuando en la sentencia hubieren influido, de forma decisiva, documentos, testimonios u otras pruebas declarados luego falsos por sentencia judicial firme.*

A fin de invocar esta causal debe alegarse que la sentencia se fundamentó en documentos, testimonios u otros medios de prueba relevantes que fueron declarados falsos por sentencia judicial firme luego de dictado el fallo a revisar. Ahora bien, debe tratarse de falsedad, y no de inexactitud, de la prueba documental o testimonial. Tal como ha explicado la doctrina, “la falsedad invocada no puede confundirse con la inexactitud de los documentos y, además, ha de ser objeto de una declaración que la constate o de una retractación, también expresa e indubitada, del autor de la falsedad, reconociéndola”<sup>9</sup>. En todo caso, la falsedad debe ser declarada por sentencia judicial firme, no siendo por ende suficiente su reconocimiento por parte de una autoridad administrativa.

5.4. *Cuando la decisión hubiese sido adoptada en base a una actuación por la cual una persona hubiese sido condenada penalmente a través de sentencia firme.*

Esta causal puede dar lugar, a su vez, a dos supuestos de hecho: (i)

<sup>9</sup> BARCELONA LLOP, ob. cit., p. 712.

casos en los cuales la sentencia recurrida se hubiese fundamentado exclusivamente en una prueba testifical y que, con posterioridad el testigo hubiese sido condenado penalmente por falso testimonio, es decir, se hubiese declarado falso su testimonio mediante sentencia penal, y (ii) cuando la sentencia se hubiese dictado en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación declarada fraudulenta mediante sentencia penal, verificada durante el juicio, con la finalidad directa de obtener la razón. Es importante que en ambos supuestos ya exista sentencia penal firme declarando el delito correspondiente.

Cabe comparar las causales de procedencia del recurso de revisión del Código Modelo que se comenta respecto de la norma análoga de la legislación española. Así, la Ley 13/1999 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española fue modificada por la disposición final 3.3 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio<sup>10</sup>, la cual incluyó una causal adicional de procedencia del recurso de revisión de sentencias contencioso-administrativas. Así, el artículo 102, numeral 2º, establece lo siguiente:

2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

De acuerdo a esa norma, en el ordenamiento jurídico español es también posible la interposición del recurso de revisión contra sentencias firmes que hayan sido objeto de pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que dicha sentencia haya sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos

<sup>10</sup> El 22-7-2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE N° 174) la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LO 7/2015).



en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, cuando por su naturaleza y gravedad persistan los efectos de la violación “y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”. Asimismo, se señala expresamente la condición de que la revisión no perjudique los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

En el caso de Colombia, la doctrina ha abogado por la modificación de la legislación a fin de incluir como causal de revisión de sentencias contencioso-administrativas la existencia de decisiones de órganos jurisdiccionales regionales o internacionales, fundamentalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hayan declarado la responsabilidad internacional del Estado por decisiones judiciales contencioso-administrativas en violación a derechos humanos reconocidos internacionalmente<sup>11</sup>.

## 6. Plazo para recurrir y trámite procedimental

En cuanto al *plazo*, dispone el artículo 54 del Código Modelo que deberá interponerse sólo dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia a que se refieren los numerales 3º y 4º del artículo 53, es decir, a la fecha de la sentencia que declaró falsos los *documentos, testimonios u otras pruebas* que se hubieren valorado al decidir, o bien tres meses a partir de la sentencia penal que declaró la verificación del delito. Asimismo, establece el artículo 54 que el recurso de revisión se interpondrá sólo dentro de los tres meses de haberse tenido noticia de la existencia de las circunstancias, hechos o elementos de prueba a que se refieren los numerales 1º y 2º del mismo artículo 53, esto es, de haberse conocido la falta procedimental grave que causó indefensión o haberse obtenido pruebas esenciales hasta ahora desconocidas.

En relación con el plazo para intentar el recurso de revisión, el Código coincide con la regulación que al respecto dispone la ley jurisdiccional española, la cual a su vez remite a la Ley de Enjuiciamiento

<sup>11</sup> HINESTROSA VÉLEZ, Juan Pablo, *La revisión de las decisiones del contencioso administrativo por parte de las sentencias internacionales*, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 4, segundo semestre de 2010, ps. 181-193.

Civil de ese país, no así el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano, el cual otorga un plazo de un año para su interposición.

A diferencia de las normas reguladoras del recurso de revisión en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano, las cuales regulan expresamente los requisitos de forma de la solicitud de revisión, trámite procedimental, despacho subsanador y pruebas admisibles, el Código Modelo no incluye regulación expresa respecto de estos aspectos procedimentales. Por ende, en este sentido será conveniente la aplicación supletoria de las normas de trámite del recurso extraordinario de revisión establecido en los correspondientes Códigos de procedimiento civil.

## **7. Legitimación para interponer el recurso de revisión**

Respecto de la legitimación para intentar el recurso de revisión, el Código Modelo no dispone normas especiales, de modo que ha de acudir a las normas generales en la materia, específicamente el artículo 28 del mismo Código, el cual considera legitimadas para recurrir “las personas que invoquen una lesión o un riesgo de lesión de un derecho subjetivo o un interés legítimo”.

De este modo, toda persona afectada en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, que esté incurso en alguna de las cuatro causales de procedencia del artículo 53 *eiusdem*, podrá intentar recurso de revisión de alguna sentencia firme en el orden contencioso administrativo.

## **8. Medidas cautelares en el recurso de revisión**

Por su parte, el artículo 55 del Código establece que podrán acordarse medidas cautelares: “Cuando sea imprescindible para evitar graves perjuicios a derechos fundamentales o bienes superiores de la colectividad”, medidas que corresponde dictar a la Corte Suprema que conozca del recurso de revisión.

En cuanto a los requisitos, la norma remite a las condiciones ge-

nerales de procedencia de las medidas cautelares, previstas en el artículo 45 del Código Modelo, norma que establece lo siguiente:

Art. 45 – *Tutela de urgencia*:

(1) El tribunal puede otorgar una tutela de urgencia. El tribunal debe adoptar todas las medidas provisionales de naturaleza conservatoria o satisfactoria y cualquier otra necesaria para garantizar la efectividad de la tutela judicial.

(2) Las medidas cautelares se otorgarán de manera preferente y sumaria, cuando haya una duda seria en cuanto a la legalidad de la actuación (*fumus boni iuris*), y la tutela sea urgente (*periculum in mora*), ponderando los intereses públicos y privados.

De acuerdo a esa norma, y aplicándola al caso del recurso de revisión, debe concluirse que, como toda medida cautelar, aquellas que se acuerden con ocasión de un recurso de revisión deberán dictarse “de manera preferente y sumaria, cuando haya una duda seria en cuanto a la legalidad de la actuación (*fumus boni iuris*), y la tutela sea urgente (*periculum in mora*), ponderando los intereses públicos y privados”, es decir, siempre que se cumplan de forma concurrente los requisitos de presunción de buen derecho, peligro en la mora y ponderación de los intereses en juego para dictar medidas cautelares con ocasión de un recurso de revisión, siempre que, además, sea necesario evitar graves perjuicios a derechos fundamentales o bienes superiores de la colectividad.

También en aplicación del artículo 45, la medida cautelar o tutela de urgencia será de contenido innominado, es decir: (i) podrá ser de naturaleza conservatoria o suspensiva, a fin de mantener el *statu quo* y evitar perjuicios irreparables a causa de la ejecución del fallo mientras se decide el recurso, o bien (ii) podrá ser de carácter satisfactorio, es decir, de contenido positivo, anticipando así algunos de los efectos de la eventual nulidad del fallo mientras se decide el recurso de revisión en su contra. El contenido de la medida cautelar, por ende, debe adaptarse al supuesto del caso concreto a fin de “garantizar la efectividad de la tutela judicial” en cada caso.

## 9. Sentencia de revisión

En relación con la sentencia de revisión, establece el artículo 56 que si la sentencia es anulada, la Corte Suprema remitirá la causa al tribunal de instancia competente para que dicte nueva sentencia, esto es, se acuerda el reenvío de la causa a fin de que se decida de nuevo conforme a la decisión de la Corte Suprema.

En todo caso, permite también la norma la posibilidad de que la Corte considere innecesario el reenvío porque puede resolver directamente sobre el fondo, supuesto que la jurisprudencia española ha interpretado que se da cuando la Corte determina que cuenta con los datos precisos para resolver la cuestión de fondo, en atención al principio de economía procesal y del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>12</sup>.

## Bibliografía

- BARCELONA LLOP, Javier, comentarios al artículo 102 de la LJ, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Código Procesal Administrativo. Modelo para Iberoamérica*, en *Revista de Administración Pública*, N° 165, septiembre-diciembre de 2004.
- *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3ª ed., Civitas, Madrid, t. II.
- HINESTROSA VÉLEZ, Juan Pablo, *La revisión de las decisiones del contencioso administrativo por parte de las sentencias internacionales*, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 4, segundo semestre, 2010.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, de 19-12-97 (art. 3310).

## TÍTULO VIII

### EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

#### CAPÍTULO 1

#### MEDIDAS DE EJECUCIÓN\*

**Art. 57** *Principios.* El tribunal asegurará la completa ejecución de sus sentencias o decisiones en un plazo razonable.

**Art. 58** *Medidas.* A fin de obtener la completa ejecución de la sentencia o decisión, el tribunal podrá, en todo momento, a solicitud de parte, dictar las medidas de ejecución pertinentes, fijando, cuando sea necesario, un plazo. Puede especialmente:

- a) establecer una multa coercitiva;
- b) embargar bienes de la administración pública que no sean indispensables para cumplir con tareas públicas o cuya enajenación comprometa un interés público;
- c) ordenar la ejecución subsidiaria a cargo de la administración condenada.

**Art. 59** *Multa coercitiva:*

- (1) En caso de incumplimiento, el tribunal podrá también imponer, oído el presunto responsable, una multa coercitiva a la administración o al funcionario o agente que incumplió las decisiones o requerimientos del tribunal.
- (2) La multa coercitiva será provisional o permanente. Debe considerarse como provisional a menos que el tribunal haya decidido su carácter permanente. Es independiente de los daños y perjuicios.

\* Arts. 57 a 59 comentados por ADRIANA GARCÍA GARCÍA.

## 1. Introducción

La justicia administrativa es la herramienta en manos del ciudadano para combatir abusos por parte de la autoridad. Una multa o clausura injustas, una licitación alejada de la ley, una mala actuación de un médico de un hospital del sistema de seguridad social o el mal mantenimiento de las calles son ejemplos de actos de autoridad que se pueden combatir ante un tribunal de justicia administrativa.

Los juicios ante estos tipos de tribunales son los procesos mediante los cuales se busca solucionar los conflictos entre el Estado y los ciudadanos. De acuerdo con el derecho al buen gobierno, una autoridad debe usar sus poderes de forma justa, eficiente y efectiva, mostrando el debido respeto tanto del interés público como de los ciudadanos que se encuentran involucrados en la decisión o acción del organismo público<sup>1</sup>. Es así como la justicia administrativa se define como la justicia concerniente a la posibilidad de que los ciudadanos afectados por un acto de autoridad puedan acceder a un tribunal, obtengan un trato justo, y cuenten con la facultad de asegurar una reparación adecuada de los agravios a ellos causados<sup>2</sup>.

Cuando existe certeza sobre la aplicación del Derecho hay confianza en el funcionamiento de las instituciones. La justicia accesible, oportuna, y las resoluciones respetadas son un claro indicador de que se vive en un Estado de Derecho<sup>3</sup>, ello resulta en la garantía a la ciudadanía para acudir a los tribunales de justicia administrativa y obtener remedios efectivos en contra de abusos en el ejercicio del poder.

## 2. El derecho al buen gobierno

El derecho al buen gobierno o a la buena administración se encuentra previsto en diversos documentos de carácter internacional. Se puede

<sup>1</sup> TOLLENAAR, A. y DE RIDDER, K., *Administrative Justice from a Continental European Perspective*, en *Administrative Justice in Context*, ed. por Michael Adler, Hart Publishing, Portland, 2010, ps. 301-320.

<sup>2</sup> Véase GAMBLE, A. y THOMAS, R., *The Changing Context of Governance: Implications for Administration and Justice*, en *Administrative Justice in Context* cit., ps. 3-24.

<sup>3</sup> CSJN, *Libro Blanco para la Reforma Judicial*, 2006, p. 126.

encontrar en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) o en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno. De acuerdo con este Código se entiende por buen gobierno aquel que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho<sup>4</sup>. Los principios básicos del buen gobierno son: el respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana, la búsqueda permanente del interés general, la aceptación explícita del gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y los pueblos, y el respeto y promoción de las instituciones del Estado de Derecho y la justicia social<sup>5</sup>. Por su parte la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha descrito a la “buena gobernanza o buen gobierno como el ejercicio de la autoridad por medio de procesos políticos e institucionales transparentes y responsables que fomenten la participación ciudadana”<sup>6</sup>.

Como puede observarse, el derecho al buen gobierno se relaciona directamente con los límites impuestos a nuestras autoridades en cuanto a su interacción con los particulares. Si se examinan detalladamente los principios, objetivos y propuestas del buen gobierno, se puede constatar que éstos han sido parte de los atributos del Derecho Administrativo desde hace mucho tiempo (principio de legalidad, debido proceso, responsabilidad del Estado). Y son precisamente los tribunales de justicia administrativa los encargados de garantizar que los individuos hagan exigibles estos derechos.

Por las razones anteriores y considerando la importancia de la exigibilidad de este derecho al buen gobierno, esta característica se vincula

<sup>4</sup> Disponible en <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Codigo-Iberoamericano-de-buen-gobierno.pdf>.

<sup>5</sup> Disponible en <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Codigo-Iberoamericano-de-buen-gobierno.pdf>.

<sup>6</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Prácticas de buen gobierno para la protección de los derechos humanos*, Ginebra, 2008, p. 2. Publicación disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance_sp.pdf) (consultado el 20-10-2017).

necesariamente con la existencia de mecanismos jurisdiccionales efectivos que permitan hacer valer el derecho al buen gobierno. Esta efectividad implica la capacidad de los tribunales administrativos de hacer cumplir sus propias resoluciones de forma autónoma y pronta. Sin una debida implementación de las resoluciones de los tribunales de justicia administrativa, el derecho al buen gobierno se torna en una mera fachada y no en una realidad. El contar con resoluciones firmes a través de las cuales se pone fin a controversias de carácter administrativo no genera ningún beneficio al ciudadano si estas resoluciones no son acatadas por las autoridades condenadas.

### 3. Derecho a un recurso efectivo

Para que un recurso ante la justicia administrativa sea efectivo, éste debe cumplir con un número de requisitos que permitan a los ciudadanos el cumplimiento de lo ordenado por los tribunales. Entre estos requisitos se encuentran los de autonomía, prontitud y existencia de mecanismos de ejecución.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un recurso efectivo requiere, además de su existencia formal, que los mecanismos deriven en resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos y que la implementación de dichas acciones por parte de las autoridades sea también efectiva<sup>7</sup>. Ello implica que el recurso debe de ser un medio apropiado para poner fin a la violación y para remediar sus consecuencias, incluyendo la restitución o restablecimiento del derecho<sup>8</sup>. Estas medidas son efectivas cuando las autoridades adaptan su conducta a la reparación ordenada y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones por no cumplirlas<sup>9</sup>.

Utilizando el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se puede concluir que para que la justicia administrativa sea

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas”, sentencia de 27-8-98, Serie C, N° 39, párr. 69; “Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Fondo”, sentencia de 29-9-99, Serie C, N° 56, párr. 167.



realmente efectiva sus resoluciones no deben limitarse a ser formales sino implementadas por las autoridades y que esto implica la existencia de sanciones por no cumplirlas.

### 3.1. *Autonomía de los tribunales de la justicia administrativa*

Dentro de los atributos específicos de la jurisdicción administrativa se encuentra la garantía de autonomía. Este principio comprende al gobierno y a la administración *independiente* de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, la justicia administrativa tiene una importancia trascendental pues garantiza que el individuo tenga un verdadero control sobre los actos del Estado a través de este tipo de órganos jurisdiccionales. Para ello, es indispensable que los órganos jurisdiccionales sean autónomos, a fin de garantizar que el juzgador cuente con el respaldo institucional y con los elementos necesarios para resolver en forma independiente e imparcial. Esta autonomía implica necesariamente que el cumplimiento de las resoluciones del tribunal no dependa del arbitrio de la autoridad. Es entonces necesario que los tribunales cuenten con la autonomía suficiente para hacer cumplir sus resoluciones a través de facultades que le permitan sancionar a las autoridades que incumplan sus decisiones.

### 3.2. *Garantía a la justicia pronta*

Justicia *pronta* y *expedita* se define como una justicia de tiempos cortos, desde el inicio del proceso hasta el final de éste. El sistema debe responder con oportunidad a los problemas planteados por las partes, y el juzgador debe resolver de forma oportuna, y dentro de los plazos y términos legales. Esto necesariamente incluye el cumplimiento de sus resoluciones.

### 3.3. *Mecanismos de ejecución*

La efectividad de los recursos para obtener reparaciones depende necesariamente de la implementación real de las medidas de reparación obtenidas. El propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con sus normas reguladoras de la ejecución de sus sentencias.

Así, de acuerdo con la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 29 de junio de 2005, relacionada con la supervisión de cumplimiento de sentencias (aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), es una facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte el supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Asimismo, establece que las resoluciones deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra. Finalmente, a través de esta resolución se resalta que es práctica constante de la Corte, en aras de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, que aquélla solicite información al Estado sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento, así como recabar las observaciones de la Comisión y de las víctimas o sus representantes. Una vez que el tribunal cuenta con esa información puede apreciar si hubo cumplimiento de lo resuelto, orientar las acciones del Estado para ese fin y, en su caso, cumplir con la obligación de informar a la Asamblea General, en los términos del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto del cumplimiento a nivel nacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas ocasiones que los tribunales de carácter nacional deben “establecer de manera clara y precisa (de acuerdo con sus ámbitos de competencia) el alcance de las reparaciones y las formas de ejecución de las mismas”<sup>10</sup>.

Dentro de los ejemplos que la propia Corte IDH ha utilizado para monitorear sus decisiones se encuentra, por ejemplo, la creación de cuerpos específicos con determinada duración para la implementación de sus decisiones. Ha señalado que estos cuerpos deben permitir la participación de las víctimas y deben dar seguimiento a los procesos internos necesarios para lograr las reparaciones<sup>11</sup>.

A nivel nacional también existen ejemplos de decisiones a través de las cuales se enfatiza la importancia de la implementación de decisiones que ordenan reparar. Por ejemplo, en un caso reciente, el Tribunal Supremo de España señaló que la inexistencia de un proce-

<sup>10</sup> Corte IDH, “Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 5-7-2011, Serie C, N° 228, párr. 96.

<sup>11</sup> Corte IDH, “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sentencia de 15-9-2005, párr. 310.

dimiento específico de ejecución es en sí misma un incumplimiento de un mandato legal y constitucional que ordena la protección de los derechos humanos<sup>12</sup>.

#### **4. Conclusión**

Las medidas de ejecución constituyen el elemento a través del cual se cierra el círculo virtuoso de la justicia administrativa. Sin estas medidas de ejecución no nos encontraríamos frente a un recurso efectivo, pues quedaría al arbitrio de la autoridad condenada el cumplimiento de sus condenas. La efectividad del recurso implica que la jurisdicción administrativa cuente con la autonomía suficiente de imponer medidas de ejecución y que cuente con la capacidad de lograr esta implementación de forma pronta. Si bien las medidas pueden variar de jurisdicción a jurisdicción, la regla general es que los tribunales de justicia administrativa deben contar al menos con la capacidad de imponer multas a aquellas autoridades que se hubieren negado a cumplir con su condena.

<sup>12</sup> Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, sentencia 1263/2018, p. 28. Disponible en <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3045/sentencia-angela-tribunal-supremo.pdf>.



## CAPÍTULO 2

### RESPONSABILIDAD\*

#### **Art. 60** *Consecuencia del incumplimiento:*

- (1) **La ejecución de las sentencias y decisiones es una obligación de la administración. Su incumplimiento conlleva su responsabilidad patrimonial así como la de los funcionarios o agentes responsables. La responsabilidad personal presupone una actuación dolosa o culposa.**
- (2) **El incumplimiento intencionado conlleva asimismo la responsabilidad penal de los funcionarios o agentes responsables.**

#### **1. Introducción**

La administración pública tiene el deber de actuar conforme a la Constitución y la ley. Esto se debe a que el Poder Ejecutivo está vinculado por el Derecho Constitucional, así por ejemplo se encuentra redactado específicamente en algunos textos constitucionales, como es el caso del artículo 20.3 de la Ley Fundamental alemana<sup>1</sup>. La Constitución de España de 1978 reconoce a los jueces la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 118, CE). Los funcionarios públicos están obligados a cumplir con la ley y el orden en el desempeño de sus funciones soberanas. Las principales manifestaciones del deber público en función a su cargo son actuar conforme a ley, actuar de acuerdo con la competencia y el procedimiento, tener un comportamiento cohe-

\* Art. 60 comentado por LORENA OSSIO.

<sup>1</sup> Artículo 20, Ley Fundamental alemana (*Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia*): (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

rente, suministrar información y autorizaciones correctas, prohibición de cometer actos no autorizados y tomar decisiones discrecionales. Si bien no existe un catálogo de las obligaciones de la administración, es claro que la misma –entendida como administración pública en el texto del artículo 60 aquí comentado– tiene el deber de ejecutar las sentencias y las decisiones.

Cuando esto no ocurre, entonces se genera la responsabilidad del Estado con un carácter de un “Derecho de consecuencia” o de un “Derecho Público secundario”, conceptos desarrollados en la doctrina alemana<sup>2</sup>. Así la garantía de la tutela judicial efectiva o principio del Estado de Derecho da lugar al deber de protección de los tribunales frente a los ciudadanos de llegar a una decisión en un plazo razonable.

La obligación de cumplir con las sentencias y las decisiones constituye una obligación de Derecho Público primario. La consecuencia se produce como una reacción ante la situación de que la administración incumple su deber de ejecución de sentencias y decisiones. La responsabilidad estatal o personal es una reacción frente a estas deficiencias de la actuación de la administración mediante el Derecho, compensando los daños continuos causados a los ciudadanos por la acción administrativa contraria a su obligación primaria de cumplir con la ejecución de las sentencias y decisiones. En este sentido, se basa en el postulado de la justicia compensatoria. La compensación de las obligaciones primarias vulneradas por el Estado, concretamente la administración o sus funcionarios, mediante obligaciones de compensación monetaria o responsabilidad patrimonial.

Una justicia independiente es esencial para la vigencia del Estado de Derecho y el ciudadano por ello puede presentar sus reclamaciones contra el Estado en respuesta a una vulneración de la administración por la no ejecución de las sentencias o decisiones. Una mirada a la evolución de los derechos de los ciudadanos en la historia constitucional y formación del Estado revela la estrecha conexión jurídico-dogmática entre los derechos civiles, su protección jurídica y la responsabilidad del Estado frente a sus ciudadanos.

<sup>2</sup> ERBGUTH, Wilfried y GUCKELBERGER, Annette, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 37.

El contenido de este artículo debe estudiarse entonces con relación al tema general de la responsabilidad generada por los deberes en función del cargo ejercido y respecto a la responsabilidad de la administración pública. No es casualidad por ejemplo que se recuerde al estudiarse el principio de la autonomía del Derecho de la responsabilidad pública el nacimiento del Derecho Administrativo francés<sup>3</sup>, citando para ello la sentencia que plasmó la idea de la autonomía de la responsabilidad estatal en este país.

Si bien la necesidad de medios jurídicos especiales para el desempeño de las tareas de soberanía es claramente obvia, no es menos evidente que la posición jurídica especial de los órganos de soberanía también requiere la creación de un conjunto independiente de normas cuya aplicación corresponda a una jurisdicción especial para tratar los casos de daños. Por lo tanto, la necesidad y la justificación de una ley de responsabilidad estatal (independiente) fueron controvertidas en Francia en el siglo XIX. En consecuencia, el camino hacia la autonomía del Derecho de responsabilidad estatal estuvo marcado por el desacuerdo entre las dos ramas de la jurisdicción civil y administrativa. E incluso después de la decisión a favor de una ley de responsabilidad estatal de Derecho Público, la idea de la independencia pudo establecerse de forma permanente en el Derecho positivo, pero no la justificación jurídico-política que se pretendía en un principio. De manera significativa, la aceptación del principio de un Derecho de responsabilidad estatal creció hasta el punto de que el Derecho de responsabilidad estatal se liberó de su idea rectora original de un Derecho de responsabilidad que privilegiaba al Poder Ejecutivo. Al igual que la justificación jurídico-política, el ámbito de aplicación de la normativa estará sujeto a cambios. En el desarrollo histórico-dogmático de la figura de la responsabilidad estatal y su autonomía, a las posturas favorables iniciales de una responsabilidad estatal independiente siguieron otros vientos con posturas contrarias, ahora a favor del Derecho Privado.

Esto se dio por diversas razones, entre las que destaca la razón

<sup>3</sup> GROMITSARIS, Athanasios, *Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 24.

que revela, en cierta medida, la preocupación por atribuir un tratamiento especial del Derecho de la responsabilidad a situaciones que no tienen equivalente en las relaciones jurídicas de Derecho Privado. Cuando las dos ramas la jurisdicción administrativa y la judicial independientes deben responder a la misma cuestión sobre la base de fuentes de Derecho independientes y se plantea la cuestión de en qué condiciones el daño debe ser soportado por una persona distinta de la parte perjudicada, es casi de esperar que se busquen puntos comunes legales. En consecuencia, la teoría de la autonomía del Derecho de la responsabilidad estatal generó un contramovimiento dogmático, que sobre todo cuestionó críticamente la autonomía teórica del Derecho de la responsabilidad estatal.

En la práctica, para explicar la cuestión de las conexiones entre la responsabilidad de Derecho Privado y la de Derecho Público por daños y perjuicios se plantea a un nivel más concreto, dependiendo de los órganos encargados del tratamiento de estos temas del país en el que se quiera implementar este artículo del modelo de Código. En el caso francés concretamente se resuelve de la coordinación entre el *Conseil d'Etat* y la *Cour de Cassation*, que es deseable desde el punto de vista de la política jurídica, cuando se trata de problemas y hechos jurídicos similares.

## **2. Desarrollo dogmático de la responsabilidad por culpa**

El marco jurídico básico de la responsabilidad extracontractual se remonta a principios del siglo XIX. En el plano del Derecho sustantivo, se oponía la regulación de la responsabilidad de Derecho Privado en los códigos civiles frente a una serie de leyes especiales de Derecho Público. Estas leyes especiales se limitaban a establecer la obligación de indemnizar por parte de la administración estatal o municipal para determinados grupos de casos claramente definidos. Así en el caso de la legislación respecto a la indemnización por daños de guerra y quizá de mayor alcance fue la indemnización por daños a la propiedad, que ya se conocía en el período previo a la Revolución Francesa, este ámbito hasta el día de hoy ocupa una posición especial en el sistema de responsabilidad de Derecho Público.



El contraste entre la responsabilidad de Derecho Privado y la de Derecho Público en el siglo XIX era claro. En el Derecho Privado, la obligación extracontractual de indemnizar está estructurada como una responsabilidad general por culpa, mientras que la obligación legal de indemnizar de la administración estatal tiene un carácter excepcional y prescinde predominantemente del principio de culpa. Para la justificación de la responsabilidad de la administración, esto significa que la transferencia del daño o del riesgo para el Estado debe justificarse también en relación con los demás ciudadanos. Esto se conoce como el principio de igualdad de cargas, la determinación del objeto responsabilidad es una palabra clave bajo la cual está la relación de la parte perjudicada con la otra y con los demás ciudadanos. Una distribución especial es un enfoque teórico, que formula preceptos para el examen de las normas de responsabilidad en la teoría económica institucional que considera el Derecho de la responsabilidad desde el punto de vista de la asignación eficiente de los recursos. Además, se examina la relación entre la responsabilidad del Estado y los mecanismos de distribución de daños y riesgos.

La cuestión se refiere a si una actividad del Estado debería desencadenar una obligación de compensación por parte del mismo. Por lo tanto, no se diferencia según las condiciones en las que un acto constituye una arbitrariedad injustificada, una violación de derechos que debe ser anulada, y las condiciones previas en las que constituye una invasión de derechos, una desigualdad, pero debe permitirse a cambio de una compensación. La tesis de la autonomía de la víctima especial en el caso de la ilicitud no se justifica si el sacrificio especial es una característica que determina la violación del derecho subjetivo.

### **3. La controversia sobre el ámbito de aplicación de la responsabilidad civil general en el siglo XIX: responsabilidad personal y responsabilidad de la administración**

A pesar de la importancia práctica de la legislación sobre indemnizaciones del siglo XIX, su carácter excepcional respaldaba la interpretación de que el Derecho general de la responsabilidad civil estuvo históricamente precedido por un período de inmunidad de responsa-

bilidad fundamental del Estado. Sin embargo, esto no debe llevar a suponer que la extensión de la responsabilidad extracontractual de Derecho Privado a la administración haya suscitado un rechazo generalizado. La doctrina del Derecho Civil opinaba que el ámbito de aplicación de los artículos del Código Civil no debía limitarse a las relaciones entre particulares. El Poder Judicial compartió esta posición. Así, en una sentencia francesa de 1-4-1845, la *Cour de Cassation* afirmó que el Estado debe responder por la culpa de quienes actúan en su nombre sobre la base del Derecho de Daños general. Esta opinión se basaba en la amplia redacción de las disposiciones del Código Civil, rechazando así claramente la doctrina de la inmunidad de responsabilidad de la administración estatal. Esta posición se mantuvo hasta el caso de “*arrêt Blanco*” de 8-2-1873<sup>4</sup>. Sin embargo, el alcance de la jurisprudencia civil sobre la validez de la responsabilidad extracontractual privada no carece de límites. Sólo afecta a los grupos de casos de responsabilidad estatal para los que la jurisdicción judicial también se declaró competente.

<sup>4</sup> El caso “*arrêt Blanco*” del 8-2-1873: El padre de un niño que había sido herido por un vagón que transportaba tabaco de una fábrica estatal presentó una demanda civil por daños y perjuicios ante el Tribunal Civil de Burdeos, tanto contra los trabajadores implicados en la fábrica como contra el Estado como su entidad jurídica. Dado que el Tribunal Civil había afirmado su competencia en su totalidad, la administración demandada remitió la cuestión jurisdiccional al Tribunal *des conflits* en la medida en que el Estado era el demandado. El Tribunal *des conflits* vinculó la cuestión de la competencia a la cuestión de la ley aplicable y, siguiendo de cerca la práctica del *Conseil d'Etat*, proporcionó un marco de orientación general para el desarrollo sustantivo de un Derecho de responsabilidad independiente de la administración. 46. Esta independencia se expresa en tres niveles. La responsabilidad del Estado, aceptada en principio que no está sujeta a la ley escrita del Código Civil, sino que debe extraerse de una fuente de Derecho autónoma. En cuanto a su contenido, las normas que aún deben formularse deberían diferir fundamentalmente del Derecho de Daños general. La descripción positiva de las normas del Derecho de responsabilidad estatal, que recuerda mucho a la decisión “*Rotschild*”, se contenta con una referencia al hecho de que la responsabilidad de Derecho Público por daños no es “ni general ni ilimitada”. El *leitmotiv* y la justificación en este caso es la consideración legalmente exigida de las necesidades de la administración, que hace necesaria una ponderación judicial de los intereses en juego a la hora de valorar la cuestión de la responsabilidad. Por último, se reserva la competencia a los tribunales administrativos, lo que conlleva al mismo tiempo el mandato de legislar en el ámbito del Derecho de responsabilidad estatal.

Para el Poder Judicial, los límites de la responsabilidad de la administración debían buscarse desde el de separación de poderes. A este respecto, la *Cour de Cassation* se esforzó por hacer una interpretación estricta de la prohibición de conocimiento de los actos administrativos. Mientras no se controle la legalidad de un acto jurídico de la administración ni su interpretación implique cuestiones de duda, el principio de separación de poderes no se vería afectado. En cambio, la *Cour de Cassation* se abstuvo de apreciar los casos de daños que tenían su origen en un acto de soberanía del Estado, es decir, un *acte d'autorité*, o su omisión. Para el Poder Judicial, la cuestión de la aplicabilidad de la responsabilidad extracontractual sólo se plantea desde el principio para los “actos de gestión”. En cuanto a la responsabilidad personal de los funcionarios administrativos, la validez del Derecho Civil es indiscutible. Sin embargo, la aplicación fracasó en su mayor parte porque se denegó el permiso del *Conseil d'Etat*, necesario para el enjuiciamiento, lo que contrasta con la práctica temprana del *Conseil d'Etat*, de la que procede la idea de la inmunidad de responsabilidad fundamental del Estado. La aplicabilidad de la responsabilidad extracontractual de Derecho Privado era incompatible con esto. La fórmula recurrente de que la indemnización no podía considerarse “sin una disposición legal expresa” subraya el alcance general del privilegio de la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, hacia mediados del siglo XIX, surgió el siguiente panorama para la validez del Derecho general de Daños en la esfera soberana: mientras que los soberanos no gubernamentales estaban sujetos sin restricción a la responsabilidad general por culpa, los daños que tenían su origen en un acto soberano no eran en ningún caso susceptibles de ser evaluados por el Derecho Civil. Por el contrario, el Estado es en todo caso responsable de los daños del *domaine privé* en virtud del Derecho Privado.

Desde el punto de vista jurídico sustantivo, aparte de la posibilidad de una aclaración legislativa, había un total de tres opciones para elegir. Entre la aplicabilidad indiscriminada del Derecho Civil de Daños, por un lado, y la responsabilidad del Estado limitada a las normas legales especiales, por otro, pronto surgió una tercera vía en la práctica del Derecho francés, que se origina en la sentencia del *Conseil d'Etat* en

forma de una ley de responsabilidad especial general que debía ser creada por el juez. El Consejo de Estado o *Conseil d'Etat*, en su decisión sobre la delimitación de la jurisdicción en 1844, estableció: la inaplicabilidad del Código Civil no significa necesariamente que la administración no pueda ser considerada responsable de los daños que cause.

Las consideraciones distributivas han servido de base jurídica para la introducción de la responsabilidad objetiva. Un primer motivo de responsabilidad es el tema de que la persona que obtiene beneficios y ventajas de una actividad es también responsable del daño. Es así que si ha adquirido una ventaja de una actividad también debe soportar las desventajas causadas por ella. Por ejemplo, la responsabilidad objetiva del Estado por los daños accidentales causados por agentes que no son directamente funcionarios de la administración. En países en los que no existe una legislación social a gran escala, como el caso del modelo alemán, se busca la solución teórica de la responsabilidad objetiva. El Estado también debe controlar las fuentes de peligro que él mismo ha creado. La administración del Estado goza de prerrogativas de Derecho Público que deben equilibrarse con una responsabilidad especial. El concepto de solidaridad también se entiende como base jurídica de la responsabilidad del Estado, por ejemplo, en caso de riesgos en el contexto de la aplicación de métodos de tratamiento innovadores en los hospitales públicos. La responsabilidad de los funcionarios públicos se afirma, ante un daño extraordinario y extremadamente grave ocurrido en su área de responsabilidad.

#### **4. Estándar de culpa, negligencia contributiva y causalidad**

De acuerdo con el artículo 839 del Código Civil alemán, una reclamación de responsabilidad oficial requiere que el funcionario público haya violado su deber oficial de forma culpable, es decir, intencionalmente o por negligencia. Aunque el artículo 34 de la Ley Fundamental alemana<sup>5</sup> no menciona la culpa, este requisito también se aplica

<sup>5</sup> Artículo 34 de la Ley Fundamental alemana (*Responsabilidad en caso de violación de los deberes del cargo*), Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a

si ha actuado un agente que no sea funcionario público. Se presume un incumplimiento intencionado del deber público si el funcionario realiza u omite el acto oficial voluntariamente y con conocimiento de los hechos que justifican objetivamente el incumplimiento del deber oficial, es decir, si ignora conscientemente una norma o en este caso el cumplimiento de una sentencia o decisión.

La negligencia se determina según el estándar de cuidado del artículo 276.2 del Código Civil alemán. Éste es el caso si la conducta de incumplimiento del deber oficial no corresponde a la diligencia oficial requerida. Por tanto, no hay que tener en cuenta al funcionario concreto, sino al “funcionario promedio”. Los conocimientos y aptitudes que se requieren razonablemente para la gestión del respectivo cargo son decisivos; las aptitudes reales del funcionario son irrelevantes. Si no posee los conocimientos jurídicos y administrativos necesarios para llevar a cabo los respectivos asuntos oficiales, está obligado a adquirirlos, si es necesario, con la ayuda de expertos.

La causalidad se refiere a que el daño debe haber sido causado por el incumplimiento del deber en función al cargo del funcionario público o agente. La determinación de la causalidad entre el incumplimiento del deber y el daño sigue la teoría de la adecuación aplicable en el Derecho de Daños. Según esta teoría, se trata de saber cómo habrían evolucionado las cosas si el interesado hubiera actuado con diligencia y cuál habría sido su situación económica. En este caso, si el funcionario público hubiese cumplido su obligación de dar cumplimiento a la sentencia. Un acto u omisión es causal si tiene la capacidad de causar el daño en general y no sólo en circunstancias particularmente peculiares y bastante improbables. No se tendrán en cuenta los daños debidos a un curso extraordinario de los acontecimientos.

## **5. Responsabilidad patrimonial**

La cuantía de la indemnización monetaria que debe pagarse al perjudicado debe determinarse de manera que la persona afectada se sitúe

cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria.

en la posición en la que habría estado sin el suceso perjudicial. La restitución *in rem* (restablecimiento del estado original) queda generalmente descartada. Por un lado, esto se debe a la interpretación de la responsabilidad estatal transferida: la reclamación se dirige contra el funcionario personalmente. En un principio, se trataba de una cuestión de responsabilidad del propio funcionario. Sin embargo, como persona privada, el funcionario no puede realizar o anular actos de soberanía –sino que sólo puede pagar daños y perjuicios en dinero–. Así, por ejemplo, en virtud del mencionado artículo 34 de la Ley Fundamental alemana, esta responsabilidad del funcionario se transfiere al Estado. Por otra parte, la exclusión de la restitución *in rem* tiene por objeto evitar el ejercicio de la coacción jurídica sobre el ejercicio ulterior del cargo, por ejemplo, mediante la tardía ejecución de la sentencia o decisión. En este caso, se concedería la protección jurídica primaria y no la secundaria. En el caso del Código Modelo se propone tanto la responsabilidad de la administración como la responsabilidad del funcionario o agente. Asimismo, se refiere a la tipificación penal del incumplimiento intencionado que conlleva la responsabilidad penal de los funcionarios o agentes concernidos.

El artículo 106 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) española dispone el incremento del interés a devengar si se excede el tiempo para el cumplimiento de la sentencia<sup>6</sup>. Particularmente, el artículo 112 de LJCA se refiere a las multas coercitivas de justicia a la administración pública. De acuerdo al autor Chaves

<sup>6</sup> Artículo 106 de la LJCA española: 1. Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, el órgano encargado de su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial.

[...]

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.

Lo que ciertamente impulsa la ejecución de sentencias es la imposición de multas coercitivas, previstas en el art. 112, LJCA.

García<sup>7</sup> las multas coercitivas personales no afectan a la administración, por lo que su destinatario es la autoridad o funcionario obligado. Y al tratarse de multas coercitivas no son sanciones administrativas. Lo que sí constituye una manera efectiva para influir en el cumplimiento de la ejecución de las sentencias es lo contenido en el siguiente artículo de la LJCA:

Artículo 112 – Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado.

Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán:

- a) Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48.
- b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

## **6. Responsabilidad desde una perspectiva internacional y supranacional**

En el contexto de la responsabilidad del Estado en virtud del Derecho de la Unión Europea, hay que distinguir dos constelaciones de casos: por un lado, la responsabilidad de la propia Unión Europea –UE– (cuando las instituciones o autoridades de la Unión violan el Derecho de la Unión), la llamada responsabilidad extracontractual de la UE, y, por otro lado, la responsabilidad del Estado miembro (si las instituciones o autoridades nacionales contravienen las normas del De-

<sup>7</sup> CHAVES GARCÍA, José Ramón, *Conflicto y colaboración de las administraciones públicas en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, en *Revista Española de Control Externo* XX (59), 2018, ps. 43-64.

recho de la Unión). Según el apartado 3º del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), “toda persona tiene derecho a que la Unión repare los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

Una disposición comparable se encuentra en el artículo 340.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Es la llamada responsabilidad extracontractual. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) decide sobre estos litigios (art. 268 del TFUE). A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad en la legislación alemana y de la propuesta del Código Modelo, no se transfiere la responsabilidad personal del funcionario, sino que la UE es directamente responsable. Según la redacción del artículo 340.2 del TFUE, la disposición requiere una concreción y una complementación. A este respecto, el TJCE está facultado para seguir desarrollando el Derecho y elaborar criterios de responsabilidad en el marco del Derecho de la Unión.

En los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>8</sup>, cuya constitución y vigencia se han previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>9</sup>, los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos Derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sede en San José, Costa Rica.

<sup>9</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos el 22-11-69 en la ciudad de San José en Costa Rica, y entró en vigencia el 18-7-78.



**CÓDIGO MODELO EUROAMERICANO  
DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA  
(versión en español)\***

Ricardo Perlingeiro  
Karl-Peter Sommermann  
Consuelo Sarría Olcos  
David Capitant  
Diana-Urania Galetta  
Gabriele Bottino  
Gilles Pellissier  
Hermann-Josef Blanke  
Jesús María Casal  
Leonardo Greco  
Lorena Ossio  
Pedro Aberastury  
Ricardo García Macho

**Niterói – Speyer  
2014**

*Resumen*

El “Código Modelo Euroamericano de la Jurisdicción Administrativa” propone un modelo para ser aplicado en la justicia administrativa,

\* Texto elaborado en tres seminarios europeo-latinoamericanos de investigación, *Código Modelo de Jurisdição Administrativa*, organizados por el Grupo de Pesquisa *Efetividade da Jurisdição* en la Universidad Federal Fluminense, Niterói (Brasil), y en la Universidad Alemana de Ciencias de la Administración Pública, Speyer (Alemania), en los años 2006 a 2010; aprobado en el III Seminario, que tuvo lugar en septiembre de 2010 en Niterói.

a partir de una base comparada entre los sistemas continental-europeo y latinoamericano, y desarrolla especialmente los siguientes temas: finalidad y pretensiones admisibles; alcance del control de legalidad de la actuación administrativa; control de las facultades discrecionales; control de la planificación; independencia de la justicia administrativa; órganos jurisdiccionales; competencia territorial; reenvío prejudicial de legalidad; tutela efectiva; principio dispositivo; principio inquisitivo; principio de la oralidad; publicidad; principio de celeridad; principio de contradicción; legitimación para demandar; intervención de terceros; representación; asistencia jurídica gratuita; recurso administrativo previo; presentación previa a la administración; plazo; conciliación y mediación; decisión mediante sentencia; dispositivos; contenido del dispositivo de procedencia; formalidad de la sentencia; efectos de la sentencia; tutela de urgencia; efecto suspensivo automático; apelación; casación; recurso de revisión; ejecución de sentencia; medidas ejecutivas; multa coercitiva; consecuencia del incumplimiento.

### *Palabras clave*

Justicia administrativa, tutela efectiva, Derecho Administrativo Comparado, Derecho Administrativo latinoamericano, Derecho Administrativo euroamericano.

### *Abstract*

The “Model Euro-American Code of Administrative Jurisdiction” proposes a model for the administrative jurisdiction based on a comparison between the Continental-European and Latin American systems. It covers the following topics, in particular: purpose and admissible claims; scope of [judicial] review of the legality of administrative actions; [judicial] review of the exercise of administrative discretionary powers; [judicial] review of urban planning; independence of the administrative jurisdiction; jurisdictional entities; territorial jurisdiction; preliminary ruling of legality; effective judicial protection; the “dispositive principle” (or principle of non ultra petito) versus the “inquisitorial principle”; principle of oral proceedings; principle of public access to proceedings and records; principle of a reasonably speedy trial; principle of adversary proceedings; standing to sue; third-party intervention; representation; free legal assistance; exhaustion of prior

administrative remedies; prior petition within the administrative authority; time limit; conciliation and mediation; decision by judgment; contents of rulings on the merits; form of the judgement; effects of the judgement; urgent injunctive relief; automatic suspension of the administrative action; appeals; cassation; remedy of review; enforcement of the judgement; enforcement measures; penalties for late payment; consequences of failure to comply.

### *Keywords*

Administrative Jurisdiction, Effective Judicial Relief, Comparative Administrative Law, Latin American Administrative Law, Euro-American Administrative Law.

### **Definiciones**

*Actuación administrativa*: comprende toda acción u omisión de personas u órganos públicos en el ejercicio de una función administrativa, o de personas u órganos privados en el ejercicio de un poder público.

*Derecho subjetivo*: todo interés individual legalmente protegido.

*Interés legítimo*: todo interés legalmente protegido que proporcione una ventaja objetiva al demandante, sin que constituya necesariamente un derecho subjetivo.

*Interés difuso*: intereses de naturaleza indivisible de un grupo de personas ligadas por circunstancias de hecho.

## TÍTULO I

### **FINALIDAD Y ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA**

#### CAPÍTULO 1

#### **FINALIDAD Y PRETENSIONES ADMISIBLES**

Artículo 1º – *Finalidad de la jurisdicción administrativa*:

- (1) La jurisdicción administrativa tiene la misión de controlar la legalidad de la actuación administrativa y de proteger y hacer efectivos los derechos subjetivos e intereses legítimos.

- (2) Por actuación administrativa se entiende toda acción u omisión de personas u órganos públicos en el ejercicio de una función administrativa o de personas u órganos privados en el ejercicio de potestades públicas.

Art. 2º – *Pretensiones del demandante:*

- (1) Para este fin la jurisdicción administrativa decide especialmente sobre las siguientes pretensiones:
  - a) anulatoria;
  - b) condenatoria de hacer;
  - c) condenatoria de no hacer;
  - d) declarativa.
- (2) La pretensión condenatoria de hacer incluye la condenatoria de dar una cosa y la de pagar una cantidad determinada.

## CAPÍTULO 2

### INTENSIDAD DEL CONTROL

Art. 3º – *Alcance del control de la legalidad de la actuación administrativa:*

- (1) El tribunal controla la legalidad de las acciones u omisiones de la Administración pública. El control de la legalidad engloba tanto vicios de competencia, de procedimiento y de forma (legalidad formal o externa) como de contenido (legalidad material o interna). El control del contenido se refiere al examen tanto de la fundamentación jurídica del acto individual y del reglamento como de sus presupuestos fácticos y de la calificación jurídica de los hechos. También se verificará si la administración ha incurrido en desviación de poder.
- (2) Incluso cuando la administración haya aplicado conceptos jurídicos indeterminados, el tribunal podrá examinar si han sido correctamente interpretados y aplicados.

Art. 4º – *Control de facultades discrecionales:*

- (1) Cuando la administración haya ejercido facultades discrecionales, el tribunal examinará especialmente:
  - a) Si la acción u omisión administrativa ha excedido los límites del poder discrecional;

- b) Si se ha actuado conforme a la finalidad establecida en la norma que otorga la facultad;
  - c) Si han sido vulnerados derechos fundamentales o principios, como el de igualdad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, buena fe y protección de la confianza legítima.
- (2) También se controlará la falta de ejercicio de una facultad discrecional.

Art. 5° – *Control de la planificación*. En caso de actos o reglamentos de planificación u otros en los que deban valorarse múltiples intereses, el tribunal debe controlar si el acto o reglamento se adecua a las leyes y, especialmente, si está justificado y si la autoridad administrativa no ha incurrido en faltas de ponderación en cuanto a los bienes jurídicos, derechos e intereses, que están en juego. Son vicios de ponderación su falta de ejercicio o déficit, la no inclusión de bienes e intereses relevantes, la atribución de una importancia inadecuada a determinados bienes o intereses (evaluación deficiente de bienes e intereses) y la falta de proporcionalidad en la ponderación global.

## TÍTULO II

### LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

#### CAPÍTULO I

##### LA INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

Art. 6° – *Independencia institucional y personal*. De conformidad con las disposiciones constitucionales, la jurisdicción administrativa es independiente. Ella goza de una independencia institucional y personal y su régimen jurídico asegurará la imparcialidad de los jueces.

Art. 7° – *Independencia institucional*. La jurisdicción administrativa goza de autonomía administrativa y financiera en la medida que es necesario para asegurar su independencia.

Art. 8° – *Independencia personal*:

- (1) Los jueces y magistrados de la jurisdicción administrativa son

inamovibles y su independencia se encuentra asegurada por una remuneración justa y adecuada.

- (2) Los jueces no recibirán órdenes en sus funciones jurisdiccionales.

Art. 9º – *Juez natural*. La atribución de cada caso a los jueces competentes para decidirlo deberá corresponder a reglas predeterminadas y objetivas.

Art. 10 – *Decisiones en materia de personal y disciplinaria*:

- (1) La selección, la carrera y la disciplina de los jueces son confiadas a un órgano que garantice su independencia.
- (2) La selección de los jueces y magistrados de la justicia administrativa se lleva a cabo a través de un proceso abierto, objetivo y transparente, fundado en la calificación técnica y la capacidad profesional. Este proceso se basa sobre el control y la responsabilidad del órgano citado en el párrafo anterior.

Art. 11 – *Incompatibilidades*. Los miembros de la jurisdicción administrativa no pueden ejercer funciones incompatibles con su independencia ni conocer de causas en las cuales esté comprometida su imparcialidad.

Art. 12 – *Jueces no profesionales*. Si la ley prevé la participación de jueces no profesionales en tribunales colegiados, debe asegurar su independencia y (su) capacidad. Los jueces profesionales deben ser mayoritarios en la formación de la sentencia.

## CAPÍTULO 2

### LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Art. 13 – *Grados jurisdiccionales*. La jurisdicción administrativa conoce en dos o tres grados de jurisdicción.

Art. 14 – *Corte Suprema*. Una Corte Suprema asegurará por sus decisiones la uniformidad de la jurisprudencia.

Art. 15 – *Composición de los órganos jurisdiccionales*. La composición ordinaria de los órganos jurisdiccionales es colegiada con un mínimo de tres jueces.

Art. 16 – *Decisiones no colegiadas*. El presidente del tribunal o un magistrado competente puede decidir en los siguientes casos: ho-

mologación de desistimientos; extinción del objeto del litigio; declaración de la caducidad de la acción; desestimación de demandas evidentemente inadmisibles; litigios idénticos, en cuanto a la solución jurídica y a los hechos principales, a otro anteriormente juzgado por sentencia firme.

Art. 17 – *Juez unipersonal*:

- (1) En primera instancia, la ley puede determinar los litigios que serán juzgados por un juez único, según la complejidad de los hechos y del derecho y la importancia del litigio. En este caso, el juez único puede ser miembro del tribunal o constituir un órgano jurisdiccional unipersonal.
- (2) El juez único miembro del tribunal puede, siempre que lo estime oportuno, reenviar el conocimiento del litigio al órgano colegiado competente.

Art. 18 – *Medidas cautelares por un juez único*. Las medidas cautelares pueden ser dictadas por un juez único.

### TÍTULO III COMPETENCIA

Art. 19 – *Competencia territorial*:

- (1) El tribunal territorialmente competente es el del lugar de la ejecución de la actuación administrativa en el sentido del artículo 1º, párrafo 2º, sea de carácter decisorio, contractual o de hecho.
- (2) En caso de acción de responsabilidad extracontractual, se tiene en cuenta el lugar de origen del hecho generador, salvo que el perjuicio se encuentre ligado a la adopción de una decisión, caso en el cual el tribunal competente es el que pueda pronunciarse sobre la legalidad de la decisión.
- (3) En caso de impugnación de un reglamento, el tribunal competente es el del lugar en donde se encuentre la autoridad que ha dictado el reglamento discutido.

Art. 20 – *Reenvío prejudicial de legalidad*:

- (1) Cuando un juez considere que un reglamento aplicable al caso es ilegal, debe reenviar el asunto al juez competente para co-

nocer de la pretensión de anulación del reglamento (artículo 19, párrafo 3º), el cual debe pronunciarse en un plazo razonable sobre la legalidad del reglamento.

- (2) Antes de decidir sobre una demanda que plantee una cuestión de derecho nueva que conlleve una dificultad seria y pueda ser objeto de un número elevado de procesos, el tribunal puede reenviar esta cuestión a la Corte Suprema.
- (3) En caso de reenvío según los párrafos precedentes se establece un incidente, con suspensión del proceso original hasta la obtención de una solución definitiva, la cual debe dictarse en un plazo razonable. La decisión sobre este incidente tiene efectos *erga omnes*.

## TÍTULO IV

### EL PROCESO

#### CAPÍTULO 1

#### LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Art. 21 – *Tutela efectiva*. El proceso en la jurisdicción administrativa debe asegurar la realización de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. Garantiza la paridad de armas y la imparcialidad del juez.

Art. 22 – *Principio dispositivo*. Las partes son los sujetos activos del proceso. Sobre ellas recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto. Las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho subjetivo sustancial como sobre sus derechos a la iniciación, desarrollo y culminación del proceso. El tribunal no puede decidir más allá de lo pedido (*ne ultra petita*).

Art. 23 – *Principio inquisitivo*. El Tribunal investigará de oficio los hechos, sin estar limitado por la proposición de pruebas de las partes.

Art. 24 – *Principio de oralidad*:

- (1) El tribunal dicta sentencia después de un juicio oral.
- (2) Con el consentimiento de las partes el tribunal puede decidir sin audiencia.



Art. 25 – *Publicidad*:

- (1) Los procesos son públicos.
- (2) Todos tienen acceso a las audiencias. La prensa y el público pueden ser excluidos durante la totalidad o parte de la audiencia para proteger el orden público, los derechos de los menores, la vida privada o los secretos comerciales e industriales de las partes en el proceso.
- (3) Todos tienen acceso al expediente. El acceso puede ser excluido por las razones mencionadas en el párrafo anterior y también en la medida en que lo exija la protección de datos personales. Este acceso se realiza bajo el control del juez. La denegación del acceso debe ser motivada.

Art. 26 – *Principio de celeridad*:

- (1) El tribunal actúa en el proceso según el criterio de celeridad. Impulsa los trámites y peticiones pertinentes en todas las etapas del proceso, con el fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial.
- (2) Para acelerar el proceso, el Tribunal puede imponer a las partes un plazo de alegaciones. El tribunal puede rechazar alegaciones y medios de prueba que fuesen presentados con retraso no justificado, si su admisión entorpeciese la finalización del litigio y no los considerase esenciales para la resolución de la causa.

Art. 27 – *Principio de contradicción*:

- (1) Las partes deben haber tenido la oportunidad de discutir cada aspecto de hecho y de derecho en que se fundamente la sentencia. El juez asegurará a cada parte la posibilidad efectiva de defensa y prueba de sus alegaciones y de contestar las de la otra parte.
- (2) Las partes proponen las pruebas pertinentes, contestan las argumentaciones de las demás partes y presentan los escritos necesarios.

## CAPÍTULO 2

### ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

Art. 28 – *Legitimidad para demandar*:

- (1) Están legitimadas para demandar las personas que invoquen

una lesión o un riesgo de lesión de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

- (2) La demanda puede interponerse contra personas u órganos públicos o contra personas privadas que ejercen potestades públicas.
- (3) Puede otorgarse también la legitimación para demandar a personas privadas u órganos públicos independientes que defiendan intereses difusos.
- (4) Los órganos públicos también están legitimados para demandar cuando invoquen una lesión en su ámbito competencial.

Art. 29 – *Intervención de terceros*:

- (1) El Tribunal puede admitir la intervención de terceros, cuyos intereses puedan ser afectados por la decisión judicial.
- (2) La posibilidad de la intervención de terceros legitimados debe garantizarse por medio de una información adecuada, preferentemente personal, cuando la cosa juzgada les afecte.

Art. 30 – *Representación*:

- (1) Las partes deben estar representadas o asistidas ante los tribunales por un abogado, salvo en los casos en que la ley decida lo contrario.
- (2) Las medidas cautelares pueden ser solicitadas por el interesado directamente.
- (3) Los entes y órganos públicos estarán representados por un profesional del derecho, aunque no sea abogado en ejercicio.

Art. 31 – *Asistencia jurídica gratuita*. Para garantizar el derecho de cada persona al acceso a la justicia administrativa, deberá ser organizado un sistema de asistencia jurídica gratuita. Esta asistencia dependerá de los ingresos y cargas del interesado y del carácter no evidentemente inadmisibles de su demanda. La asistencia es decidida por un órgano independiente.

Art. 32 – *Recurso administrativo previo*:

- (1) Como regla general el recurso administrativo previo es facultativo. Su interposición interrumpe el plazo para acceder a la jurisdicción administrativa.
- (2) En los casos en que se exija el recurso administrativo previo, este requisito no será empleado para obstaculizar el acceso a

la jurisdicción. La administración pública decidirá con celeridad, en un plazo que no debe exceder de un mes salvo causa justificada debidamente razonada. La ausencia de respuesta dentro de este plazo abre el acceso a la jurisdicción administrativa.

- (3) El recurso administrativo previo no excluye la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa.

Art. 33 – *Solicitud previa a la Administración*. Sin perjuicio de la solicitud de medidas cautelares, no se puede solicitar una condena de hacer, dar o pagar una cantidad sin haberlo previamente solicitado a la administración pública competente. El plazo para recurrir contra la denegación expresa o tácita es el establecido en el artículo 32, párrafo dos.

Art. 34 – *Plazo*:

- (1) En caso de impugnación de un reglamento la demanda debe interponerse dentro del plazo de tres meses a partir de su publicación, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 20.
- (2) En caso de impugnación de un acto administrativo individual la demanda debe interponerse dentro del plazo de dos meses a partir de la notificación del acto. Se deberán indicar las vías y plazo de la demanda. Si no lo indicase, el plazo será de un año.

### CAPÍTULO 3

#### CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN

Art. 35 – *Principio*. El Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, en la medida en que puedan disponer del objeto de la conciliación.

Art. 36 – *Procedimiento*. El presidente del tribunal o el magistrado por él designado puede, una vez formulada la demanda y siempre que no sea manifiestamente inadmisibles, respetando el carácter contradictorio del proceso, realizar cualquier diligencia que permita la conclusión de un acuerdo entre las partes.

Art. 37 – *Homologación del acuerdo y vías de recurso*:

- (1) Siempre que lo acordado no fuera contrario al ordenamiento jurídico ni manifiestamente lesivo del interés público o de ter-

ceros, el tribunal homologará el acuerdo y dictará auto declarando concluido el proceso sobre los puntos del acuerdo.

- (2) La decisión de homologación citada en el párrafo precedente tiene la misma autoridad que las sentencias del tribunal. Los terceros lesionados por el acuerdo que no fuesen parte en el procedimiento pueden recurrir contra la decisión de homologación dentro de un plazo de dos meses, ante el mismo tribunal.
- (3) Las medidas de ejecución previstas por los artículos 57 a 59 del presente Código le son aplicables.

Art. 38 – *Homologación del acuerdo extrajudicial:*

- (1) El tribunal puede también, bajo las mismas condiciones del primer párrafo del artículo anterior, homologar el acuerdo con el cual las partes pongan fin a una controversia nacida o por nacer, celebrado antes o durante la instancia judicial pero sin la intervención del tribunal, cada vez que su ejecución encuentre dificultades particulares.
- (2) Los terceros lesionados por el acuerdo pueden recurrir la decisión de homologación en las condiciones del párrafo segundo del artículo precedente.
- (3) El párrafo tercero del artículo precedente es aplicable a la homologación del acuerdo no judicial.

Art. 39 – *Mediación:*

- (1) Las partes tendrán la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación para resolver la controversia. El mediador no deberá ser el juez de la causa y deberá estar cualificado para el cumplimiento de esa función. Podrá no pertenecer al poder judicial. La mediación sólo suspenderá el proceso si las partes lo solicitan, las cuales siempre podrán requerir la reanudación del proceso.
- (2) El tribunal homologará el acuerdo alcanzado a través de la mediación en los términos señalados en el artículo 37.

## CAPÍTULO 4

### LA SENTENCIA

Art. 40 – *Decisión por sentencia.* La controversia, en la medida en que no se haya resuelto de otra forma, se decidirá por sentencia. La

sentencia se pronuncia sobre todas las pretensiones de las partes (*ne infra petita*). La sentencia sólo podrá fundamentarse en los hechos y resultados probatorios sobre los cuales las partes hayan podido pronunciarse.

Art. 41 – *Fallos*. La sentencia se pronunciará sobre uno de los siguientes puntos:

- a) Inadmisibilidad de la demanda sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16.
- b) Estimación o desestimación de la demanda.

Art. 42 – *Contenido del fallo estimatorio*:

- (1) Cuando la sentencia estimase la demanda, el tribunal, según la pretensión del recurrente:
  - a) anulará total o parcialmente el acto o reglamento impugnado;
  - b) condenará a emitir un acto o reglamento o realizar otra actuación, incluyendo dar una cosa o efectuar un pago;
  - c) condenará a no hacer;
  - d) declarará la existencia o inexistencia de una situación jurídica.
- (2) Si el acto administrativo fue ya ejecutado, el tribunal a solicitud de parte puede ordenar también que la autoridad administrativa restablezca la situación anterior a la ejecución.
- (3) La sentencia debe pronunciarse sobre los daños y perjuicios, si han sido reclamados.

Art. 43 – *Forma de la sentencia*:

- (1) En la sentencia se indicarán los fundamentos de hecho y de derecho conducentes a la decisión. El tribunal debe responder las alegaciones planteadas por las partes.
- (2) Conforme al principio de la celeridad, el juez debe dictar sentencia en un plazo breve.
- (3) La sentencia incluirá el lugar, la fecha, el nombre y firma de los miembros del tribunal, así como una síntesis clara y precisa de las principales actuaciones procesales.
- (4) La notificación de la sentencia, que está a cargo del tribunal, indicará las vías y plazos de la demanda.

Art. 44 – *Efectos de la sentencia*. La anulación de un acto individual o de un reglamento tiene efecto *erga omnes*. Por regla general tiene efecto retroactivo, sin perjuicio de la posibilidad por el juez de modular estos efectos por razones de interés público e intereses individuales.

## TÍTULO V

### MEDIDAS CAUTELARES

Art. 45 – *Tutela de urgencia*:

- (1) El tribunal puede otorgar una tutela de urgencia. El tribunal debe adoptar todas las medidas provisionales de naturaleza conservatoria o satisfactoria y cualquier otra necesaria para garantizar la efectividad de la tutela judicial.
- (2) Las medidas cautelares se otorgarán de manera preferente y sumaria, cuando haya una duda seria en cuanto a la legalidad de la actuación (*fumus boni iuris*), y la tutela sea urgente (*periculum in mora*), ponderando los intereses públicos y privados.

Art. 46 – *Procedimiento*:

- (1) Para el otorgamiento de la medida cautelar, el recurrente, sumariamente, deberá acreditar la procedencia de los requisitos establecidos en el artículo precedente.
- (2) El tribunal decidirá después de haber oído a los interesados. En situaciones de especial urgencia, adoptará la medida sin haberlos oído. En este caso deberá darles oportunidad de ser oídos dentro de los tres días siguientes.
- (3) El tribunal decidirá con celeridad proporcional a la necesidad concreta mediante decisión motivada.
- (4) El tribunal podrá dictar una medida cautelar antes de la interposición de una demanda principal. Esta demanda deberá interponerse en el plazo previsto en el artículo 34.
- (5) A instancia de cualquier persona interesada o de oficio, el tribunal puede en cualquier momento, sobre la base de algún elemento nuevo, modificar las medidas tomadas o bien revocarlas.
- (6) Las medidas cautelares pueden otorgarse en cualquier instancia o fase del proceso.

Art. 47 – *Efecto suspensivo automático:*

- (1) La solicitud de suspensión provisional de un acto, que no sea la denegación de una petición, suspende automáticamente su ejecución hasta que el tribunal se pronuncie sobre la solicitud.
- (2) Cuando la suspensión afecte derechos reconocidos por el acto, la suspensión tendrá vigencia de hasta quince días, dentro de los cuales el juez debe pronunciarse sobre la solicitud.
- (3) No procederá el efecto suspensivo automático si la ley expresamente lo excluye por razones de seguridad pública, sin perjuicio del poder del juez de ordenar el efecto suspensivo de acuerdo con el artículo 45.

## TÍTULO VI

### RECURSOS ORDINARIOS

#### CAPÍTULO 1

#### APELACIÓN

Art. 48 – *Principios:*

- (1) Las sentencias y otras decisiones de los tribunales administrativos de primera instancia pueden ser apelados ante un tribunal de segunda instancia con efecto devolutivo. El legislador puede restringir el acceso al juez de apelación siempre que no suponga una restricción desproporcionada a la efectividad de la protección jurisdiccional.
- (2) El recurso de apelación no tiene efecto suspensivo. Cuando de la ejecución de la resolución pudiese resultar un perjuicio grave e irreparable, el tribunal de apelación puede ordenar la suspensión de la ejecución de esa resolución mediante decisión motivada.

Art. 49 – *Admisibilidad de la apelación:*

- (1) Sólo las partes y los terceros mencionados en el artículo 29 pueden interponer recurso de apelación.
- (2) El plazo para interponer el recurso de apelación es de un mes desde la notificación de la sentencia.

## CAPÍTULO 2

### CASACIÓN

Art. 50 – *Principios*:

- (1) Las sentencias y las decisiones de los tribunales de apelación y las de los tribunales administrativos que no pueden ser apeladas pueden ser recurridas en casación ante una Corte Suprema. Podrá limitarse el acceso al juez de casación siempre que no suponga una restricción desproporcionada a la efectividad de la protección jurisdiccional, especialmente con el objetivo de evitar una revisión aislada de las decisiones interlocutorias.
- (2) Los recursos de casación no tienen efecto suspensivo. Cuando de la sentencia o resolución pudiese resultar un perjuicio grave o irreparable, la Corte Suprema puede ordenar la suspensión mediante decisión motivada.

Art. 51 – *Admisibilidad del recurso de casación*:

- (1) El legislador puede prever la inadmisibilidad de los recursos en casación manifiestamente infundados según un procedimiento abreviado.
- (2) Sólo las partes y los terceros mencionados en el artículo 29 pueden interponer un recurso de casación.
- (3) El plazo para interponer el recurso de casación es de un mes desde la notificación de la sentencia.

Art. 52 – *Contenido de la sentencia*. Si la sentencia es anulada, la Corte remitirá la causa al tribunal de instancia competente para que dicte nueva sentencia, salvo que considere que puede decidir sobre el fondo.

## TÍTULO VII

### RECURSO DE REVISIÓN

Art. 53 – *Admisibilidad y competencia*. El recurso de revisión contra las sentencias firmes, dictadas por los tribunales de la jurisdicción administrativa, se interpondrá ante una Corte Suprema de Justicia en los siguientes casos:

- (1) Cuando en el proceso se hayan cometido faltas graves procedimentales, relativas a la composición ilegal del tribunal, la



falta de citación o de oportunidad de defensa de una de las partes o de los terceros a los que se refiere el artículo 29.

- (2) Cuando se descubrieran nuevos hechos o elementos de prueba esenciales para la resolución del asunto que no estaban a disposición de las partes.
- (3) Cuando en la sentencia hubieren influido, de forma decisiva, documentos, testimonios u otras pruebas declarados luego falsos por sentencia judicial firme.
- (4) Cuando la decisión hubiese sido adoptada en base a una actuación por la cual una persona hubiese sido condenada penalmente a través de sentencia firme.

Art. 54 – *Plazo*. El recurso de revisión sólo procederá dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia a que se refieren los numerales 3º y 4º del artículo anterior o de haberse tenido noticia de la existencia de las circunstancias, hechos o elementos de prueba a que se refieren los numerales 1º y 2º del mismo artículo.

Art. 55 – *Medidas cautelares*. Cuando sea imprescindible para evitar graves perjuicios a derechos fundamentales o bienes superiores de la colectividad, la Corte puede adoptar medidas cautelares en el sentido del artículo 45.

Art. 56 – *Sentencia*. Si la sentencia es anulada, la Corte Suprema de Justicia remitirá la causa al tribunal de instancia competente para que dicte nueva sentencia, salvo que considere que puede resolver sobre el fondo.

## TÍTULO VIII

### EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

#### CAPÍTULO 1

#### MEDIDAS DE EJECUCIÓN

Art. 57 – *Principios*. El tribunal asegurará la completa ejecución de sus sentencias o decisiones en un plazo razonable.

Art. 58 – *Medidas*. A fin de obtener la completa ejecución de la sentencia o decisión, el tribunal podrá, en todo momento, a solicitud

de parte, dictar las medidas de ejecución pertinentes, fijando, cuando sea necesario, un plazo. Puede especialmente:

- a) establecer una multa coercitiva;
- b) embargar bienes de la administración pública que no sean indispensables para cumplir con tareas públicas o cuya enajenación comprometa un interés público;
- c) ordenar la ejecución subsidiaria a cargo de la administración condenada.

Art. 59 – *Multa coercitiva*:

- (1) En caso de incumplimiento, el tribunal podrá también imponer, oído el presunto responsable, una multa coercitiva a la administración o al funcionario o agente que incumplió las decisiones o requerimientos del tribunal.
- (2) La multa coercitiva será provisional o permanente. Debe considerarse como provisional a menos que el tribunal haya decidido su carácter permanente. Es independiente de los daños y perjuicios.

## CAPÍTULO 2

### RESPONSABILIDAD

Art. 60 – *Consecuencia del incumplimiento*:

- (1) La ejecución de las sentencias y decisiones es una obligación de la administración. Su incumplimiento conlleva su responsabilidad patrimonial así como la de los funcionarios o agentes responsables. La responsabilidad personal presupone una actuación dolosa o culposa.
- (2) El incumplimiento intencionado conlleva asimismo la responsabilidad penal de los funcionarios o agentes responsables.

## ÍNDICE SUMARIO

AUTORES . . . . .	7
<i>Prólogo</i> , por KARL-PETER SOMMERMANN . . . . .	13
PREFACIO . . . . .	19

### CÓDIGO MODELO EUROAMERICANO DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

#### TÍTULO I

#### FINALIDAD Y ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

#### CAPÍTULO I

#### FINALIDAD Y PRETENSIONES ADMISIBLES

<b>Art. 1º – <i>Finalidad de la jurisdicción administrativa</i></b> . . . . .	21
1. La misión de la jurisdicción administrativa . . . . .	21
1.1. Control de la legalidad de la actuación administrativa . . . . .	24
1.2. Protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos . . . . .	26
1.3. Tutela judicial efectiva . . . . .	29
2. La plenitud de la tutela judicial . . . . .	30
2.1. La plenitud de la tutela judicial <i>ratione materiae</i> . . . . .	30
2.2. La plenitud de la tutela judicial <i>ratione modi agendi</i> . . . . .	31
2.3. La plenitud de la tutela judicial <i>ratione temporis</i> . . . . .	33
3. Conclusiones . . . . .	35

<b>Art. 2º – Pretensiones del demandante</b> . . . . .	36
1. La jurisdicción administrativa de qué se trata . . . . .	38
1.1. La acepción funcional . . . . .	38
1.2. Acepción funcional y control de constitucionalidad de los actos administrativos. . . . .	41
2. Los tipos de recursos seleccionados . . . . .	45
2.1. La referencia subyacente a los <i>common law</i> <i>prerogative remedies</i> en la disposición modelo . . . . .	45
2.2. Comparación entre la disposición modelo con la concepción civilista del litigio . . . . .	50

## CAPÍTULO 2

### INTENSIDAD DEL CONTROL

<b>Art. 3º – Alcance del control de la legalidad de la actuación administrativa.</b> . . . . .	59
1. Introducción . . . . .	59
2. Control judicial de la legalidad externa . . . . .	62
2.1. Importancia de la legalidad externa . . . . .	63
2.2. La modulación del alcance de las irregularidades externas . . . . .	65
3. Control jurisdiccional de la legalidad interna . . . . .	67
3.1. Control jurisdiccional del objeto del acto . . . . .	67
3.2. Control jurisdiccional de los motivos del acto . . . . .	68
3.2.1. El control del error de Derecho . . . . .	68
3.2.2. El control de la exactitud material de los hechos . . . . .	69
3.2.3. El control de la calificación jurídica de los hechos. . . . .	70
4. Control jurisdiccional de la finalidad del acto. . . . .	74
<b>Art. 4º – Control de facultades discrecionales</b> . . . . .	75
<b>Art. 5º – Control de la planificación</b> . . . . .	75
1. Introducción . . . . .	75
2. Control judicial de los actos individuales y reglamentarios . . . . .	77

3. El ejercicio del poder discrecional y la prohibición de la arbitrariedad y la mala fe . . . . .	79
4. Control de conformidad con la finalidad de la ley . . . . .	83
5. Respeto de los derechos fundamentales y del principio de igualdad . . . . .	87
6. Control de proporcionalidad, ponderación de intereses y confianza legítima . . . . .	91
6.1. El principio de proporcionalidad y la ponderación de intereses. . . . .	92
6.2. El principio de la confianza legítima. . . . .	96
7. Vínculos con el procedimiento administrativo (no contencioso) y su codificación . . . . .	97

## TÍTULO II

### LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

#### CAPÍTULO I

##### LA INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

<b>Art. 6º – Independencia institucional y personal . . . . .</b>	<b>101</b>
<b>Art. 7º – Independencia institucional . . . . .</b>	<b>101</b>
<b>Art. 8º – Independencia personal . . . . .</b>	<b>101</b>
<b>Art. 9º – Juez natural . . . . .</b>	<b>101</b>
<b>Art. 10 – Decisiones en materia de personal y disciplinaria . . . . .</b>	<b>101</b>
<b>Art. 11 – Incompatibilidades . . . . .</b>	<b>102</b>
<b>Art. 12 – Jueces no profesionales . . . . .</b>	<b>102</b>
1. Introducción . . . . .	102
2. Independencia . . . . .	106
3. Imparcialidad . . . . .	107
4. Autonomía administrativa y financiera . . . . .	111
5. Independencia personal . . . . .	112

6. Juez natural . . . . .	114
7. Decisiones en materia disciplinaria . . . . .	116
8. Incompatibilidades . . . . .	119
9. Jueces no profesionales . . . . .	119

## CAPÍTULO 2

### LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

<b>Art. 13 – Grados jurisdiccionales . . . . .</b>	121
<b>Art. 14 – Corte Suprema . . . . .</b>	128
<b>Art. 15 – Composición de los órganos jurisdiccionales . . . . .</b>	136
<b>Art. 16 – Decisiones no colegiadas . . . . .</b>	138
<b>Art. 17 – Juez unipersonal . . . . .</b>	140
<b>Art. 18 – Medidas cautelares por un juez único . . . . .</b>	141
Bibliografía . . . . .	141
Jurisprudencia . . . . .	142
Corte IDH . . . . .	142
CSJN . . . . .	143
STC . . . . .	143

## TÍTULO III

### COMPETENCIA

<b>Art. 19 – Competencia territorial . . . . .</b>	145
<b>Art. 20 – Reenvío prejudicial de legalidad . . . . .</b>	145
1. Introducción . . . . .	146
2. Competencia para impugnar actos con efectos individuales . . . . .	147
3. Competencia para la impugnación de un reglamento . . . . .	154
4. Reenvío prejudicial de legalidad . . . . .	158
4.1. Reenvío obligatorio . . . . .	162
4.2. Reenvío opcional . . . . .	164
4.3. Procedimiento de reenvío . . . . .	167

TÍTULO IV  
EL PROCESO

CAPÍTULO 1  
LOS PRINCIPIOS PROCESALES

<b>Art. 21 – Tutela efectiva</b> . . . . .	173
<b>Art. 22 – Principio dispositivo</b> . . . . .	173
<b>Art. 23 – Principio inquisitivo</b> . . . . .	173
<b>Art. 24 – Principio de oralidad</b> . . . . .	173
<b>Art. 25 – Publicidad</b> . . . . .	173
<b>Art. 26 – Principio de celeridad</b> . . . . .	174
<b>Art. 27 – Principio de contradicción</b> . . . . .	174
1. Introducción . . . . .	174
2. Acceso a la justicia . . . . .	175
3. Protección judicial efectiva . . . . .	176
4. Derechos o intereses legítimos . . . . .	177
5. Paridad de armas . . . . .	178
6. Imparcialidad e independencia del juez . . . . .	180
7. Iniciativa de las partes . . . . .	181
8. Iniciativa de las partes y del juez en cuestiones de hecho . . . . .	183
9. Iniciativa de las partes y del juez en materia de prueba . . . . .	185
10. Oralidad . . . . .	187
11. Publicidad de todos los actos del procedimiento . . . . .	190
12. Celeridad y duración razonable del procedimiento . . . . .	193
13. Impulso procesal oficial . . . . .	195
14. Flexibilidad procesal . . . . .	197
15. Contradictorio como influencia . . . . .	202
Bibliografía . . . . .	204

CAPÍTULO 2  
ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

<b>Art. 28 – Legitimidad para demandar</b> . . . . .	207
------------------------------------------------------	-----

<b>Art. 29 – Intervención de terceros</b> . . . . .	220
<b>Art. 30 – Representación</b> . . . . .	227
<b>Art. 31 – Asistencia jurídica gratuita</b> . . . . .	227
1. Introducción . . . . .	228
2. Postulación y representación procesal . . . . .	228
2.1. General . . . . .	228
2.2. Sistemas de postulación procesal . . . . .	229
2.3. Representación y asistencia procesal ante la justicia administrativa . . . . .	236
a) Representación diferenciada según la composición o jerarquía del tribunal interviniente . . . . .	236
b) Sistema uniforme de representación procesal . . . . .	237
2.4. La representación y defensa de la administración pública . . . . .	238
3. Asistencia jurídica gratuita . . . . .	244
<b>Art. 32 – Recurso administrativo previo</b> . . . . .	252
<b>Art. 33 – Solicitud previa a la Administración</b> . . . . .	257
<b>Art. 34 – Plazo</b> . . . . .	260

### CAPÍTULO 3

#### CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN

<b>Art. 35 – Principio</b> . . . . .	267
<b>Art. 36 – Procedimiento</b> . . . . .	267
<b>Art. 37 – Homologación del acuerdo y vías de recurso</b> . . . . .	267
<b>Art. 38 – Homologación del acuerdo extrajudicial</b> . . . . .	267
<b>Art. 39 – Mediación</b> . . . . .	268
1. Introducción . . . . .	268
1.1. Enfoque eminentemente práctico . . . . .	270
1.2. Cuestiones atinentes a las bases culturales o idiosincráticas . . . . .	270
1.2.1. Interés positivo y real de la Administración en solucionar sus diferendos . . . . .	270



1.2.2. El diferimiento total del control a la jurisdicción administrativa . . . . .	271
1.3. El contexto normativo . . . . .	273
1.3.1. El tránsito previo por la sede administrativa . . . . .	273
1.3.2. La prohibición a la Administración de resolver reclamos de responsabilidad extracontractual . . . . .	274
2. La conciliación. . . . .	275
2.1. Aproximación conceptual . . . . .	275
2.2. Estado de situación . . . . .	276
2.3. Limitación al alcance. La disponibilidad de las pretensiones. . .	278
2.4. Las soluciones que trae el Código. . . . .	278
2.5. Propuestas interpretativas y de aplicación . . . . .	279
3. La mediación . . . . .	282
3.1. Aproximación conceptual . . . . .	282
3.2. Nuevamente sobre el principio dispositivo. . . . .	282
3.3. La situación de hecho . . . . .	282
3.4. La homologación como solución aportada por el Código. ¿Es suficiente?. . . . .	283
4. Algunas notas sobre el arbitraje. . . . .	285
4.1. Las razones de este acápite . . . . .	285
4.2. Aproximación conceptual . . . . .	286
4.3. Los desafíos e interrogantes teórico-normativos. . . . .	288
4.3.1. La cuestión del control judicial . . . . .	288
4.3.2. Los planteos de inconstitucionalidad. . . . .	291
4.3.3. Otras cuestiones . . . . .	292
4.4. Desafíos e interrogantes prácticos y operativos . . . . .	292

## CAPÍTULO 4

### LA SENTENCIA

<b>Art. 40 – Decisión por sentencia</b> . . . . .	295
<b>Art. 41 – Fallos</b> . . . . .	295
<b>Art. 42 – Contenido del fallo estimatorio</b> . . . . .	295
<b>Art. 43 – Forma de la sentencia</b> . . . . .	296

<b>Art. 44 – Efectos de la sentencia</b> . . . . .	296
1. Introducción . . . . .	296
2. Justicia administrativa . . . . .	298
3. Los principios de congruencia y exhaustividad . . . . .	302
4. Sentido de la resolución . . . . .	305
5. Contenido de los fallos . . . . .	308
6. Forma de la sentencia . . . . .	311
7. Efectos de la sentencia . . . . .	315
8. Conclusiones . . . . .	319
Bibliografía . . . . .	319
Jurisprudencia . . . . .	320
Corte IDH . . . . .	320

## TÍTULO V

### MEDIDAS CAUTELARES

<b>Art. 45 – Tutela de urgencia</b> . . . . .	323
<b>Art. 46 – Procedimiento</b> . . . . .	330
1. Introducción . . . . .	331
2. Legitimación <i>ad causam</i> , la técnica del juicio sumario y la demostración de los requisitos de las medidas cautelares . . . . .	333
3. El derecho a la defensa y la duración del procedimiento cautelar . . . . .	342
4. Oportunidad del planteo de las medidas cautelares . . . . .	345
5. La modificación de las decisiones judiciales cautelares . . . . .	348
<b>Art. 47 – Efecto suspensivo automático</b> . . . . .	350

## TÍTULO VI

### RECURSOS ORDINARIOS

#### CAPÍTULO 1

#### APELACIÓN

<b>Art. 48 – Principios</b> . . . . .	355
---------------------------------------	-----

<b>Art. 49 – Admisibilidad de la apelación</b> .....	355
1. Introducción: los principios y la admisibilidad del recurso .....	355
2. El recurso en el Derecho Procesal Administrativo italiano y breves consideraciones comparativas .....	357

## CAPÍTULO 2

### CASACIÓN

<b>Art. 50 – Principios</b> .....	363
<b>Art. 51 – Admisibilidad del recurso de casación</b> .....	363
<b>Art. 52 – Contenido de la sentencia</b> .....	363
1. Introducción: los principios y la admisibilidad del recurso de casación .....	363
2. El recurso de casación en el Derecho Procesal Administrativo italiano y breves consideraciones comparativas .....	365

## TÍTULO VII

### RECURSO DE REVISIÓN

<b>Art. 53 – Admisibilidad y competencia</b> .....	369
<b>Art. 54 – Plazo</b> .....	369
<b>Art. 55 – Medidas cautelares</b> .....	369
<b>Art. 56 – Sentencia</b> .....	370
1. Naturaleza jurídica y alcance del recurso de revisión .....	370
2. El recurso extraordinario de revisión en el proceso administrativo. Perspectiva de Derecho Comparado .....	371
3. Objeto del recurso de revisión .....	373
4. Competencia para conocer el recurso de revisión .....	373
5. Causales de procedencia del recurso de revisión .....	374
6. Plazo para recurrir y trámite procedimental .....	377

7. Legitimación para interponer el recurso de revisión . . . . .	378
8. Medidas cautelares en el recurso de revisión . . . . .	378
9. Sentencia de revisión . . . . .	380
Bibliografía . . . . .	380

## TÍTULO VIII

### EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

#### CAPÍTULO 1

##### MEDIDAS DE EJECUCIÓN

<b>Art. 57 – Principios</b> . . . . .	381
<b>Art. 58 – Medidas</b> . . . . .	381
<b>Art. 59 – Multa coercitiva</b> . . . . .	381
1. Introducción . . . . .	382
2. El derecho al buen gobierno . . . . .	382
3. Derecho a un recurso efectivo . . . . .	384
3.1. Autonomía de los tribunales de la justicia administrativa . . . . .	385
3.2. Garantía a la justicia pronta . . . . .	385
3.3. Mecanismos de ejecución . . . . .	385
4. Conclusión . . . . .	387

#### CAPÍTULO 2

##### RESPONSABILIDAD

<b>Art. 60 – Consecuencia del incumplimiento</b> . . . . .	389
1. Introducción . . . . .	389
2. Desarrollo dogmático de la responsabilidad por culpa . . . . .	392
3. La controversia sobre el ámbito de aplicación de la responsabilidad civil general en el siglo XIX: responsabilidad personal y responsabilidad de la administración . . . . .	393
4. Estándar de culpa, negligencia contributiva y causalidad . . . . .	396

5. Responsabilidad patrimonial . . . . .	397
6. Responsabilidad desde una perspectiva internacional y supranacional . . . . .	399
 CÓDIGO MODELO EUROAMERICANO DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA (versión en español) . . . . .	 401



LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN  
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EL 1º DE SEPTIEMBRE DE 2022 EN LOS TALLERES GRÁFICOS  
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

